موسوعة الفقه والقضاء

المستشار
محمد عزمي البكري
رئيس محكمة الاستئناف

في القانون المدني

المدخل للقانون ومصادر الإلتزام

المواد ٤٠ - ١١٩





٩ ش سامى البارودى - باب الخلق - القاهرة
ت : ٣٩٦٠٤٤٣ - ٣٩٥٣٣٠١

موسوعة الفقه والقضاء

المستشار
محمد عزمي البكري
رئيس محكمة الاستئناف

في القانون المدني

{ المدخل للقانون ومصادر الالتزام }

الموطن الأصلى • الموطن المختار • الاعتداء على الحقوق الملازمة للشخصية • الشخص الاعتبارى • تقسيم الأشياء والأموال • الأهلية • عوارض الأهلية • الرضا فى العقد • الوعد بالتعاقد • العربون • تعاقد الشخص مع نفسه

المجلد الثانى

المواد ٤٠ - ١١٩



٩ش سامى البارودي - باب الخلق - القاهرة
ت : ٣٩٦٠٤٤٣ ٠٢ - ٠٠٢ - ٠٢٣٩٣٨٦١٨ - ٠٠٢

الكتـاب/ موسوعة الفقه والقضاء فى القانون المدنى

(المجلد الثانى)

الطبعة الأولى

المؤلـف/ المستشار محمد عزمى البكرى

الناشـــر/ دار محمود للنشر والتوزيع

المطبعـة/ شركة ناس للطباعة

رقـــم الإيـــداع: ٢٠٠٥/١١١٨١

الترقـيم الدولى: 977-5312-95-7

• • •



فَأَمَّا الزَّبَدُ فَيَذْهَبُ جُفَاءً وَأَمَّا

مَا يَنفَعُ النَّاسَ فَيَمْكُثُ فِي الأَرْضِ



مـــادة (٤٠)

١- الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة .

٢- ويجوز أن يكون للشخص فى وقت واحد أكثر من موطن، كما يجوز ألا يكون له موطن ما .

الشـــــرح

١ـ أهميــة الموطــن :

إذا كانــت الحالة تحدد مركز الفرد بالنسبة إلى الدولة والأسرة وأحـــيانا إلـــى الدين، والاسم يتيح التعرف على ذاته ومنع اختلاطه بغيره من الأفراد ، فإن الموطن يتيح العثور على مقره ومكانه .

وتـــبدو أهمية وجود موطن للشخص فى أنه يصبح المقر الذى يعـــتد القـــانون بكل ما يتم أو يوجه إليه فيه خاصا بعلاقاته ونشاطه القانونى .

فعلى سبيل المثال :

١- يســـتلزم قانون المرافعات أن تعلن الأوراق القضائية التى يلـــزم إعلانها للشخص ، كصحيفة الدعوى والتنبيه والإنذار ، إلى الشـــخص فى موطنه عن طريق الأشخاص الذين يحددهم القانون، فـــإن أعلنـــت إلـــيه فى مكان آخر وقع إعلانها باطلا (م ١٠، ١٩ مرافعات) .

٢- يــتحدد الاختصـــاص المحلـــى بنظر الدعاوى الشخصية للمحكمة الواقع فى دائرتها موطن المدعى عليه (م٤٩ مرافعات) .

٣- الوفاء بالالتزامات التى ليس محلها شيئا معينا بالذات يكون فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء (م٢٤٧مدنى).

٤- بعــض العقــود أو التصـــرفات تجب مباشرتها فى موطن المتصرف أو أحد المتعاقدين ، فعقد الزواج يتم أمام المأذون الواقع فى دائرته موطن الزوجة ، والطلاق يصدر أمام المأذون الواقع فى دائرته موطن الزوج [١].

٢ ـ تعريف الموطــن :

تعــرف المــادة (٤٠) الموطـــن بأنـــه المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة .

فالقـــانون المدنى يأخذ بالتصوير الواقعى للموطن لا بالتصوير الحكمى[٢] الذى يلجأ فى تحديد الموطن إلى التحكم والافتراض. بل يعتد فى ذلك بالأمر الواقع الذى يتمثل فى الإقامة .

---

(١) الدكتور حسن كيره ص٥٦٠- الدكتور حسام الدين الأهوانى ص١٠٦.

(٢) تـــأخذ بعـــض التشريعات بالتصوير الحكمى للموطن فلا تعتد فى تحديد الموطن بإقامة الشخص، فموطن الشخص بمقتضاها قد يكون حيث يقيم، وقد يكون فى مكان لم يقم فيه أبدا ، أو لايقيم فيه إلا نادرا . فالقانون هنا هو الذى يفرض للشخص موطنه . وهو فى فرضه إياه لايعتد بالإقامة، وبالتالى هو لا يعتد بالأمر الواقع ، ولكنه يفرضه فرضا ، أو يحكم به .

ويترتب على الأخذ بالتصوير الحكمى للموطن النتيجتان الآتيتان :

١- **ضـرورة الموطن:** فحسب التصوير الحكمى ، يتحتم أن يكون لكل شـخص موطـن ، فلكل شخص بالضرورة عمل أو نشاط معين ، عظم أم صغر ، ومكان عمله الرئيسى يعتبر موطنا له .

٢- **وحدة الموطن :** فإذا كان لكل شخص بالضرورة موطن ، فلا يمكن أن يكون له إلا موطن واحد لايتعدد . فبحسب التصوير الحكمى ، يتحدد موطـن الشـخص بمقـر عمله أو نشاطه الرئيسى. ولايمكن أن يكون للشـخص إلا عمـل رئيسـى واحـد ، لأنه إذا تعددت أعماله ، اعتبر الرئيسـى مـنها ما كان أعظمها شأنا (الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى نظرية الحق طبعة ١٩٥٧ ص ١٢٢ ومابعدها) .

ولـم يرد نص فى التقنين المدنى القديم يعرف الموطن ويحدده . ولكن ورد تعريف للموطن فى هامش المادة الثالثة من قانون المرافعات القديم وينص على أن : " الموطن هو المركز الشرعى المنسوب للإنسان، الذى يقـوم فيه باستيفاء ماله وإيفاء ما عليه ، ويعتبر وجوده فيه على الدوام وإن لـم يكـن حاضـرا فيه بعض الأحيان أو أغلبها . وأنه لايجهل ما يحصـل فـيه مما يتعلق بنفسه " وظاهر من هذا التعريف عدم الاعتداد بمحل الإقامة فى تحديد الموطن ، إذ أن الموطن قد يكون الشخص غائبا عـنه فـى أغلـب الأحيان كما يقول النص . فالموطن بهذا المعنى هو المركـز الرئيسـى لعمل الشخص ، كما تقول المادة ١٠٢ من القانون المدنى الفرنسى ، وبهذا يكون المشرع المصرى القديم قد أخذ بالتصوير الحكمـى للموطن (الدكتور عبد المنعم البدراوى المدخل للقانون الخاص الطـبعة الأولى ١٩٥٧ ص ١٢٥ – حسام الدين الأهوانى ص ١٠٧) – ومـن ناحـية أخـرى فإن لائحة المحاكم الشرعية (م٢١) كانت تعرف الموطـن بأنـه : " البلد الذى يقطنه الشخص على وجه يعتبر مقيما فيه عـادة " . وهـى بهذا تأخذ بالتصوير الواقعى للموطن ، وهو التصوير الذى يأخذ به الفقه الإسلامى (عبد المنعم البدراوى ص ١٢٥) .

ويبين من التعريف الوارد بهذه المادة ، أن للموطن عنصرين:

الأول : الإقامـــة الفعلية ، أى أن الأمر يتعلق بإقامة حقيقية فى مكـــان معيـــن وليس مجرد افتراض . فالإقامة عنصر أساسى فى تحديـــد الموطـــن. والقاعدة فى هذا الشأن أن المكان لايعتبر موطنا للشخص، مهما تركزت فيه مصالحه إلا إذا كان مقيما فيه .

الثانى : الاستقرار أو التعود على الإقامة ، ولهذا فإنه يجب أن تكـــون الإقامة مستقرة أو معتادة ، وهذا لايعنى اتصال الإقامة دون انقطـــاع ، وإنمـــا يقصد به استقرارها على وجه يتحقق معه شرط الاعتـــياد ولو تخللتها فترات غيبة متقاربة أو متباعدة . والعبرة فى تحديد ذلك بالشواهد والدلائل على أن الإقامة تتسم بصفة الاستقرار والاعتـــياد. ولنـــية الشـــخص فـــى الاســـتقرار فى المكان أو عدم الاســـتقرار أثـــر هام . وذلك لأن قصد الشخص فى الاستقرار فى المكان من عدمه يرتد ، فى الغالب من الأحيان ، إلى الإقامة نفسها ويـــؤدى إلى أن يسبغ عليها مظاهر الثبات والاستقرار ، أو مظاهر التوقيت .

ولكن النية هنا ليست بالأمر القاطع الحاسم، ويجب التعويل أساسا على المظهر المادى للإقامة بما تتسم به من مظاهر خارجية[١].

---

(١) الدكتور نبيل سعد ص ١٥٠ ومابعدها – حسام الأهوانى ص ١١٦ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة . ومجرد الوجود أو السكن فى مكان لايجعل منه موطنا ما لم تكن الإقامة مستقرة فيه . وإذا كان المشروع جعل من الإقامة الفعلية أساساً للتصوير الذى اتبعه إلا أن عنصر الاستقرار ضرورى لتوافر معنى التوطن ولايقصد بالاستقرار اتصال الإقامة دون انقطاع وإنما يقصد استمرارها على وجه يتحقق معه شرط الاعتياء ولو تخللتها فترات غيبة متقاربة أو متباعدة . ويترتب على ذلك ...... إلخ "[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن قضاء محكمة النقض قد جرى على أن المحل المقصود فى المادة السادسة من قانون المرافعات هو المركز الشرعى المنسوب إلى الشخص الذى يفترض أنه عالم بما يجرى فيه مما يتعلق بنفسه وأنه موجود فيه دائما ولو غاب عنه بعض الأحيان . والمحل بهذا المعنى كما يجوز أن يكون محل سكن الشخص الذى يعيش فيه يجوز أن يكون محل عمله الذى يقوم فيه باستيفاء ما له وإيفاء ما عليه . وإذا كانت المادة السابعة من قانون المرافعات قد تحدثت عن خادم المعلن إليه أو أقاربه الساكنين معه فإن هذا معناه أن أحكام المادة المذكورة واجبة التطبيق حيث يكون الإعلان قد وجه إلى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ٣٤١ ومابعدها .

مسكن المراد إعلانه ، وهو لايعنى بحال أن الشارع لم يرد بالمحل إلا المسكن، إذ لو كان ذلك مراد الشارع لنص على وجوب الإعلان فـى المسـكن بدلا من أن ينص على وجوبه فى المحل مع الفرق الواضـح فى مدلول اللفظين . وعلى ذلك فلا يقدح فى صحة عمل المحضـر كون المحل الذى قصده ليجرى فيه إعلان تقرير الطعن بالنقض هو محل عمل المطعون عليه لا محل سكنه " .

(طعن رقم ١٣٤ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٧/٥/١)

٢- " تحديـد المادة ٤٠ من القانون المدنى للموطن بأنه المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة هو – وعلى ما جرى به قضاء محكمة الـنقض – تصوير واقعى يرتكز على الإقامة الفعلية ، ومؤدى ذلك ألا يعـد المكان الذى يتلقى فيه الطالب العلم – دون أن يقيم فيه – موطنا له " .

(طعن رقم ٧٣ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٥/٢٧)

٣- الـرأى عـند فقهاء الشريعة الإسلامية ، على أن الموطن الأصـلى هـو موطن الإنسان فى بلدته ، أو فى بلدة أخرى اتخذها دارا توطـن فيها مع أهله وولده ، وليس فى قصده الارتحال عنها، وأن هـذا الموطن يحتمل التعدد ولاينتقص بموطن السكن ، وهو ما اسـتلهمه المشـرع حيـن نص فى المادة ٢٠٥ من لائحة ترتيب المحـاكم الشـرعية علـى أن " محل الإقامة هو البلد الذى يقطنه الشخص على وجه يعتبر مقيما فيه عادة ".

(طعن رقم ١١ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٠/١١/٢٥)

٤- " مفاد نص الفقرة الأولى من المادة الأولى ونص المادة الثانية من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٩ أن المشرع أخضع إيرادات الأجنبى للضريبة العامة على الإيراد إذا كان له موطن فى مصر، وقد اعتبر الأجنبى متوطنا فى مصر إذا اتخذ منها محلا لإقامته الرئيسية أو كانت بها مصالحه الرئيسية ، وقد ساير المشرع فى خصوص المعيار الأول معنى الموطن فى القانون المدنى المصرى، إذ عرفته المادة ٤٠ من هذا القانون بأنه المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة ، وهو- وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض- تصوير واقعى لفكرة الموطن يرتكز على الإقامة الفعلية المقترنة بعنصر الاستقرار أى بنية استمرار الإقامة على وجه يتحقق معه شرط الاعتياد .

(طعن رقم ٢٤٢ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٣/٢/١٤)

٥- " النص فى المادة ٤٠ من القانون على أن "الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة ... " يدل على أن المشرع اعتد بالتصوير الواقعى للموطن- وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية- استجابة للحاجات العملية واتساقا مع المبادئ المقررة فى الشريعة الإسلامية التى أفصحت عنها المادة ٢٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، فلم يفرق بين الموطن وبين محل الإقامة العادى، وجعل المعول عليه فى تعيينه الإقامة المستقرة بمعنى أنه يشترط فى الموطن أن يقيم فيه الشخص وأن تكون إقامته بصفة مستقرة وعلى

وجه يتحقق فيه شرط الاعتياد ، ولو لم تكن مستمرة تتخللها فترات غيبة متقاربة أو متباعدة " .

(طعن رقم ٣٦ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٧/٦/١)

٦-"وحيث إن هذا النعي مردود ، ذلك بأنه ولئن كان لايمنع اعتبار المكان موطنا تغيب صاحبه عنه فترات ولو كانت متباعدة مادامت نية الاستيطان قد ظلت قائمة ، إلا أنه يشترط لذلك انتفاء الغش الذى يتحقق إذا كان المدعى يعلم بإقامة المعلن إليه فعلا وقت الإعلان بالخارج وتعمد إخفاء ذلك موجها الإعلان بموطنه داخل البلاد منتهزا فرصة غيابه عنه . إذ أن تعمد الخصم إخفاء قيام الخصومة عن خصمه للحيلولة دون مثوله فى الدعوى وإبداء دفاعه فيها يعد من قبيل الغش الذى يترتب عليه بطلان الإعلان ، لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى بطلان إعلان المطعون ضده بالدعوى على أساس أنه ثبت من جواز سفره أنه كان بالكويت وقت توجيه الإعلان إليه ولم تذكر الطاعنة ذلك بورقة الإعلان وسلم المحضر الإعلان لمن قرر أن المطعون ضده يقيم بالخارج فإن الإعلان يكون باطلا ، وهذه أسباب سائغة لها سندها من القانون والواقع ، فإن الحكم لايكون قد خالف القانون ومن ثم فإن النعى يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٧١ لسنة ٦٣ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٧/١/١٣ - غير منشور)

وقاضى الموضوع هو الذى يقدر بحسب ظروف كل حالة ، ما إذا كانـــت الإقامة تتسم بالاستقرار من عدمه . وهو فى هذا التقدير لايخضع لرقابة محكمة النقض ، لأنه يدخل فى نطاق الواقع.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " تقديـــر قـــيام عنصـــر الاستقرار ونية الاستيطان اللازم توافـــرهما فـــى الموطـــن من الأمور الواقعية التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع ".

(طعن رقم ٣٤ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٦/٥/٢٦)

٢- " لا وجـــه لما يثيره الطاعن من أن الحكم لم يدلل على قيام عنصـــر الاستقرار ونية الاستيطان اللازم توافرهما فى الموطن، إذ أن ذلك من الأمور الواقعية التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع".

(طعن رقم ٤٧ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧١/١١/٩)

٣- " اســـتقرار الإقامـــة فى مكان معين مرده إلى نية الشخص الـــتى يمكـــن الاستدلال عليها من الظروف المادية التى تختلف من دعـــوى إلى أخرى ، وتقدير قيام عنصر الاستقرار ونية الاستيطان الـــلازم توافـــرهما فـــى الموطـــن- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمـــة- مـــن الأمـــور الواقعـــية الـــتى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع" .

(طعن رقم ٣٦ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٧/٦/١)

٤- " إذا كـــان الحكم المطعون فيه بعد أن انتهى إلى أن ميعاد الاستئناف فى هذه الدعوى يبدأ من تاريخ إعلان المطعون عليها - المحكـــوم ضدها - بالحكم الابتدائى بسبب تخلفها عن الحضور فى جميع الجلسات المحددة لنظر الدعوى وعدم تقديمها مذكرة بدفاعها ، قـــرر أن إعلانها بالحكم فى المنزل ... لاينفتح به ميعاد الاستئناف لأن هـــذا المكان لايعتبر موطنا لها ، وقد استند الحكم فى ذلك إلى شهادة من مصلحة وثائق السفر والهجرة والجنسية تفيد أن المطعون عليها المذكورة وزوجها اعتبرا مهاجرين للولايات المتحدة الأمريكية وأنهـــا لـــم تحضـــر إلى مصر طوال سنة ١٩٧٣ وهى السنة التى رفعت فيها الدعوى الابتدائية وتم خلالها إعلان الحكم الصادر فيها، ثـــم أوضـــح الحكم أنه لايغير من ذلك ما جاء بتلك الشهادة من أن المطعون عليها تقيم لدى حماتها بالمنزل سالف الذكر عندما تحضر إلـــى مصـــر ، إذ هى ملزمة قانونا بالإبلاغ عن محل إقامتها إبان وجودهـــا بالأراضى المصرية . ولما كانت هذه الأسباب سائغة لها أصـــلها الثابـــت فـــى الأوراق وفيها الرد الضمنى على ما أثارته الطاعـــنة مـــن منازعة فى هذا الخصوص ، فإن النعى على الحكم المطعـــون فـــيه بهذا السبب لايعدو أن يكون جدلا موضوعيا بغية الوصـــول إلى نتيجة أخرى غير التى انتهى إليها الحكم مما لايجوز التحدى به أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ١٧٣ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٧٩/٣/٢٧)

٣ـ النتائج المترتبة على أخذ القانون المصرى بالتصوير الواقعى للموطن :

رأينا أن القانون المصرى يأخذ فى تحديد الموطن ، بالتصوير الواقعى، فهو يتخذ الإقامة المستقرة أساسا له .

وتترتب على ذلك النتائج الآتية :

١- إمكان وجود أشخاص لا موطن لهم ، فالشخص الذى لايقيم بصفة دائمة ومستقرة فى مكان معين لايوجد له موطن بالمعنى القانونى وذلك مثل البدو الرحل والملاحين الذى يقضون كل أو أغلب وقتهم فى البحر . فالموطن يدور وجودا وعدما مع الاستقرار على وجه الاعتياد فى مكان ما فمتى توافرت تلك الشروط توافر وجود الموطن ومتى انعدمت انعدم الموطن .

٢- إمكان تعدد الموطن ، فيجوز أن يكون للشخص الواحد أكثر من موطن وسنعرض لذلك بشئ من التفصيل .

٣- إمكان تغير موطن الشخص من مكان إلى مكان بمجرد تغيير الإقامة ، فإذا استقر المقام بشخص فى بلد ، كان هذا موطنه. فإذا تركه ، مزمعا الإقامة فى بلد آخر ، انقطع موطنه فى البلد الأول ، وثبت فى البلد الثانى بمجرد توافر الإقامة المستقرة فيه[1].

---

(١) حسن كيره ص ٥٦٥ – حسام الأهوانى ص ٢١٢ – عبد المنعم البدراوى ص ١٢٦ ومابعدها .

٤ ـ الفرق بين الموطن وبين محل الوجود أو محل السكن :

توافر عنصر الاستقرار فى المكان ، حتى يعتبر موطنا ، هو ما يميز الموطن عن محل الوجود أو محل السكن . ففى حين أن الموطن يعنى الإقامة المستقرة فى المكان ، لايعنى محل الوجود أو محل السكن إلا المكان الذى يوجد الشخص فيه بصفة غير مستقرة.

ومثال ذلك أن يذهب شخص إلى الاسكندرية ليصطاف فيها، فالاسكندرية لاتعتبر موطنا له ، مادامت ظروف الحال تنم عن إقامته فيها بغرض الاصطياف ، فتبعد عنها لذلك دلائل الاستقرار[١].

٥ـ يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن :

" ويجوز أن يكون للشخص فى وقت واحد أكثر من موطن ..... الخ " .

فقد أجازت هذه الفقرة أن يكون للشخص فى وقت واحد أكثر من موطن ، وهذه نتيجة لأخذ المشرع المصرى فى التقنين المدنى الجديد بالتصوير الواقعى للموطن ، فمادام الموطن يتحدد بالإقامة المستقرة ، فهو يتعدد بتعدد الأمكنة التى يتوافر فيها للشخص هذا النوع من الإقامة . ومثال ذلك أن يتعود شخص الإقامة بعض العام

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٦ – نبيل سعد ص ١٥١ .

فـــى الريف وبعضه الآخر فى المدينة ، أو أن يكون له فى القاهرة مـــنزلان ، يقـــيم فـــى كل منهما فترة من الزمن أو كان للشخص زوجـــتان يقـــيم مع كل منهما فى مكان منفصل عن مكان الأخرى. فكـــل مـــن المكانين يعتبر موطنا للشخص ويعتبر كل منهما مركزا قانونـــيا له بصرف النظر عن المدة التى يقضيها فى كل منزل(١).
وقبول فكرة تعدد الموطن ينطوى فى الحقيقة على كثير من التيسير للمتقاضين بإتاحة الوصول إلى الشخص المراد إعلانه واختصامه.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

لما كانت المادة ٢/٤٠ من القانون المدنى تنص على أنه يجوز أن يكون للشخص فى وقت واحد أكثر من موطن وكان الطاعن قد عيـــن موطنا له فى عقد الإيجار هو العين المؤجرة لإعلانه فيه بكل مـــا يـــتعلق بتنفـــيذ هذا العقد ، فإن هذا الموطن يظل قائما ويصح إعلانه فيه ، وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه والأوراق أن المطعـــون ضده الأول أعلن الطاعن بصحيفة الدعوى وبصحيفة الاستئناف فى ذلك الموطن فإن الإعلان يكون صحيحا ".

(طعن رقم ٥٥٨ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨١/٦/٢٠)

٦- يجوز ألا يكون للشخص موطنا ما :

تنص الفقرة الثانية من المادة فى عجزها على أن :

---

(١) حسام الأهوانى ص ١١٧ – عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٢٦ ومابعدها.

" كما يجوز ألا يكون له موطنا ما " فمادام الموطن يتحدد بالإقامة المستقرة، فمن المتصور أن نجد أشخاصا ولا موطن لهم . ويحصل ذلك كلما انتفت عن الشخص الإقامة المستقرة فى مكان معين. ومثال الأشخاص الذين لا موطن لهم البدو الرحل، الذين لايقر لهم على أرض قرار [١].

وكذلك الشخص الذى ترك موطنه بأن قطع إقامته فيه وقصد عدم الرجوع إليه ، وخرج ساعيا وراء موطن جديد ولم يهتد بعد إلى ذلك الموطن الجديد .

وكذلك المشردين الذين ليست لهم حرفة ثابتة وليس لهم قرار فى مكان معين .

٧ـ عدم انطباق وصف الموطن على منزل العائلة :

لاينطبق وصف الموطن على منزل العائلة ، إلا إذا ثبت إقامة الشخص بهذا المنزل على وجه الاعتياد والاستقرار .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الموطن الأصلى- كما عرفته المادة ٤١ من القانون المدنى- هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة . وهذا الوصف لاينطبق على منزل العائلة إلا إذا ثبتت إقامة الشخص المراد إعلانه فيه على وجه الاعتياد والاستقرار فإذا اعتبر الحكم المطعون فيه منزل

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ٣٤٢.

العائلة موطنا للطاعنين- يجوز توجيه إعلان الحكم المستأنف إليهم فيه - بغير إثبات إقامتهم فيه فإنه يكون قد أخطأ فى القانون ".

(طعن رقم ٧٨ لسنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٦/٣/١٠)

٨ ـ مكتب المحامى لايعد موطنا عاما :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ)- " إن ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لنص المادة ٢١٤ مـــن قانون المرافعات من أن المقصود بلفظ الموطن - دون وصـــف فى المادة المذكورة هو الموطن العام للشخص وفقا لأحكام القـــانون المدنـــى وذلـــك رغبة فى توحيد المصطلحات فى قانون الموضوع وقانون الإجراءات ، وإذ كان الموطن كما عنت به المادة ٤٠ من القانون المدنى هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة فإنه يكـــون بذاتـــه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- المقصود بالموطـــن الذى أوجبت المادة ٢١٤ من قانون المرافعات أن يلتزم إعـــلان الطعـــن فـــيه للخصـــم ولما كان مكتب المحامى وفقا لهذا التعريف لايعتبر موطنا له فإن إعلانه بالطعن الخاص به فى مكتبه يكون باطلا ".

(ب)- " جـــواز اعتبار مكتب المحامى موطن أعمال له بوصفه المكـــان الذى يباشر فيه مهنته على نحو ما نصت عليه المادة ٤١ مـــن القانون المدنى ، على أن ذلك يقتصر على الأعمال المتعلقة به

والمتصلة بمهنته وعمله فيه كمحام ومن ثم فلا يتعداها إلى ما يتعلق بغـــيرها من الأعمال أو بغيره من الأشخاص . لما كان ذلك ، فإنه لايســـتقيم – فـــى صـــحيح القانون– اعتبار مكتب المحامى موطنا لموكلـــيه فـــى مفهوم ما نصت عليه المادتان ٤٠، ٤١ من القانون المدنى " .

(طعن رقم ٥٤٤ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٩/١/٢٠)

مـادة (٤١)

يعتـبر المكان الذى يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة .

الشـرح

٩ـ الموطن الخاص :

إلـى جانـب الموطن العام الذى يعتبر المقر القانونى للشخص بالنسـبة إلـى نشـاطه وأعماله ومعاملاته بوجه عام ، قد يوجد له موطن خاص يكون مقره القانونى بالنسبة إلى أوجه نشاط أو أعمال أو معـاملات له معيـنة بـالذات وعلى وجه التحديد، وذلك بقصد التيسـير على نفس الشخص أو على المتعاملين معه بشأنها . ومن صور ذلك الموطن التجارى أو الحرفى .

١٠ـ الموطن التجارى أو الحرفى :

رأينا أن المادة ٤١ تنص على أن يعتبر المكان الذى يباشر فيه الشـخص تجارة أو حرفة موطنا بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة .

وهـذا النص يتعلق بالموطن الخاص لمن يعمل بالتجارة أو بأى حـرفة أخـرى كالمهـن الحرة مثل المحامين والأطباء وأصحاب المكاتب الهندسية ومكاتب المقاولات .

فـلا يقتصـر حكـم النص على بعض الحرف أو المهن دون الأخرى ، فيكفى أن يتعلق الأمر بعمل أو بحرفة أو بمهنة يمارسها

الشـــخص علـــى ســبيل الاستقلال، أى يلزم أن يكون الشخص هو صاحب أو أحد أصحاب هذا العمل . وبذلك يستبعد من يعملون لدى الغـــير كموظفين أو عمال أو تابعين ، حتى ولو كان هؤلاء يعملون لـــدى الحكومـــة [١]، وإذن لايعتبر المكان الذى يباشر فيه الموظف عمله موطنا خاصا .

وموطـــن الأعمـــال هـــو موطن خاص ، ولذلك يجب أن يظل مقصورا على ما يتعلق بأعمال التجارة أو الحرفة فقط، أما بالنسبة لسائر الأعمال ، فيخاطب الشخص فى شأنها فى موطنه العام[٢].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وعلى هذا النحو يوجد إلى جانب الموطن الذى يعينه الشخص باختياره من جراء إقامته المعتادة فيه ثلاثة أنواع من الموطن:

أولاً : موطـــن أعمـــال يكـــون مقصورا على ناحية معينة من نواحـــى نشـــاط الشخص . ويعتبر النص الخاص بموطن الأعمال أظهـــر تطبيق لفكرة تعدد الموطن وقد استرشد المشروع فى تقريره بأحكـــام المـــادة ٢٣ من التقنين المدنى السويسرى . فالمكان الذى يباشـــر فـــيه الشخص تجارة أو صناعة أو حرفة يعتبر بالنسبة إلى الغير موطنا له فيما يتعلق بإدارة أعمال هذه التجارة أو الصناعة أو الحرفة ... " [٣].

---

(١) نعمان جمعه ص ٤٣٨ .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ١٣٠-نبيل سعد ص ١٥٤-حسن كيره ص٥٦٨.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ١ ص ٣٤٤ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" موطن الشخص كما عرفته المادة ٤٠ من القانون المدنى هو المكان الذى يقيم فيه عادة ومن ثم لايعتبر المكان الذى يباشر فيه الموظف عمله موطنا له . وإذ فمتى كان الواقع هو أن المطعون عليه أعلن بتقرير الطعن فى مكان وظيفته باعتباره مأمورا لإصلاحية الرجال مخاطبا مع أحد الموظفين معه لغيابه مع أن الدعوى أقيمت عليه بصفته الشخصية فإن هذا الإعلان يكون قد وقع باطلا " .

(طعن رقم ١٨٦ لسنة ١٩ق جلسة ١٩٥٢/٢/٧)

٢- " تجيز المادة ٤١ من القانون المدنى اعتبار محل التجارة- بالنسبة للأعمال المتعلقة بها – موطنا للتاجر بجانب موطنه الأصلى للحكمة التى أفصح عنها الشارع من أن قاعدة تعدد الموطن تقيد بالأمر الواقع وتستجيب لحاجة المتعاملين ... الخ " .

(طعن رقم ٣٥٨ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٦/١/٤)

٣- " ... كما أن من المقرر أن الموطن كما عرفته المادة ٤٠ من القانون المدنى هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة ، ومن ثم فلا يعتبر المكان الذى يباشر فيه الموظف عمـله موطناً له يصح إعلانه فيه " .

(طعن رقم ٣٠٢٥ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٠٠٤/١/٦ -لم ينشر بعد)

وإذا تعددت أنشطة صاحب الشأن ، كان لكل منها موطن أعمال خاص بها ، بحيث لايجوز اتخاذه موطنا خاصا فى إحداها بغير ما يتعلق بالنشاط الذى يمارسه .

واعتبار المكان موطن أعمال على النحو المتقدم مرهونا باستمرار نشاط المعلن إليه فيه ، بحيث يكون له مظهره الواقعى الذى يدل عليه .

وليس ثمة ما يمنع من أن يتخذ الشخص فى موطنه التجارى موطنا مختارا لتنفيذ عمل قانونى معين ، وفى هذه الحالة لايترتب على تغيير الموطن التجارى تغيير الموطن المختار ، إلا إذا أفصح صاحبه كتابة عن رغبته فى تغييره لأن الموطن المختار لايثبت قيامه أو تفسيره إلا بالكتابة، ولاينفذ هذا التغيير فى مواجهة خصمه إلا إذا كان قد أخطره بذلك عملا بالمادة ١٢ مرافعات(١).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " ليس فى القانون ما يمنع من أن يتخذ الشخص من موطنه التجارى موطنا مختارا لتنفيذ عمل قانونى معين، وفى هذه الحالة لايترتب على تغيير الموطن التجارى تغيير الموطن المختار لهذا العمل ، ما لم يفصح صاحبه عن رغبته فى تغييره. وإن كانت المادة ٤٣ من القانون المدنى تشترط الكتابة لإثبات الموطن

---

(١) الأستاذ محمد كمال عبد العزيز تقنين المرافعات فى ضوء القضاء والفقه الجزء الأول ص ١٥٠ .

المختـــار ، فإن أى تغيير لهذا الموطن ينبغى الإفصاح عنه بالكتابة، ولايغير من ذلك ما يثيره الطاعن من علم الشركة المطعون ضدها بتغيـــير الطاعن لموطنه التجارى الوارد بالعقد طالما أن الطاعن لم يفصح كتابة عن إرادته فى اتخاذ هذا الموطن الجديد موطنا مختارا لتنفيذ الإجراء المتفق عليه فى العقد " .

(طعن رقم ٩٣ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧١/١٢/٢١)

٢- " عينـــت الفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون رقم ٥٢ لســـنة ١٩٦٦ الجمعـــية التعاونية الزراعية التى يقدم إليها الإخطار بالديـــن بأنهـــا الجمعية التعاونية الزراعية الواقع فى دائرتها محل إقامـــة المدين ، دون أى تحديد آخر. وإذ كان النص فى المادة ٤١ من القانون المدنى على اعتبار محل الحرفة موطنا خاصا للشخص بالنســـبة للأعمـــال المـــتعلقة بحرفته هو مجرد تطبيق لفكرة تعدد الموطـــن للتيسير على المتعاملين ، كما أفصحت عن ذلك المذكرة الإيضـــاحية للقانون ، فإن الحكم المطعون فيه إذا رد على ما أثاره الطاعـــن فـــى هـــذا الخصوص بقوله " إذا كان الثابت من إعلان المســـتأنف – الطاعـــن- بصحيفة افتتاح الدعوى أنه قد أعلن ببنى مـــزار الـــذى يقـــيم فيه ... وكان المستأنف عليه قد أخطر رئيس الجمعـــية التعاونـــية الزراعية ببنى مزار بدينه قبل المستأنف فإنه لايكون مخطئا فى القانون " .

(طعن رقم ٣٦٢ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/٥/٢٩)

١١ـ أمثلة للمنازعات المتعلقة بموطن الأعمال :

يعتبر من الأنزعة المتعلقة بموطن الأعمال ، والتى يجوز مباشرة الأعمال القانونية ضد صاحب التجارة أو الحرفة فيه ما يأتى :

١- النزاع حول إجارة المكان الذى يباشر فيه صاحب التجارة أو الحرفة فيه تجارته أو حرفته [1].

وقد قضت محكمة النقض ـ فى حكم غير منشور لها ـ بأن :

" ... لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه على سند من بطلان إعلان المطعون ضده بصحيفة الدعوى أمام محكمة أول درجة وبالحكم الصادر فيها لإجرائه بالعين المؤجرة وليس بمحل إقامته ، وذلك دون أن يناقش ما تمسك به الطاعن من أن المطعون ضده إنما يزاول حرفة "نجار" بهذه العين والتى يدور النزاع فى الدعوى حول التزامه بسداد أجرتها وهما مما يدخل فى أعمال إدارتها باعتبار أن العين التى يقوم فيها النشاط التجارى أو الحرفى تعد عنصرا جوهريا فى هذا النشاط وهو دفاع جوهرى يتغير به- لو صح – وجه الرأى فى الدعوى فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وتحجب بذلك عن بحث مدى استمرار

---

(١) محمد عبد العزيز ص ١٥٠ .

النشـــاط الحـــرفى للمطعـــون ضده قائما بالعين المشار إليها وقت الإعلان ... الخ " .

٢- إعـــلان صاحب مكتب لسيارات النقل فيما يختص بدعوى تعويض عن وفاة شخص كان يعمل لديه وتوفى نتيجة انقلاب سيارة نقل مملوكة لصاحب المكتب أثناء قطرها بسيارة مملوكة له أيضا.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" المكان الذى يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة يعتبر موطنا فـــيما يـــتعلق بأعمال إدارة هذه التجارة أو الحرفة وفقا لنص المادة ٤١ من القانون المدنى . وإذ كان الثابت بالأوراق أن الطاعن مهنته صـــاحب مكتب لسيارات النقل وأن المجنى عليه كان يعمل مساعد ميكانـــيكى لديه وأن وفاته نتجت عن انقلاب سيارة نقل أثناء قطرها بســـيارة نقل أخرى وأن السيارتان مملوكتان للطاعن فإن مفاد ذلك أن الحـــادث نتج عن النشاط التجارى للطاعن ومن ثم يكون إعلانه فى محله التجارى صحيحا فى القانون " .

(طعن رقم ٩٤٦ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٧/٥/٢٩)

٣- مطالبة تاجر بثمن سلعة اشتراها ولم يدفع ثمنها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" ولمـــا كان المكان الذى أعلن فيه الطاعن طبقا لأسباب الحكم الســـابق إيـــرادها ينصـــب على محل تجارته بالقاهرة وكان الثابت بـــالحكم أن أمـــر الأداء الذى أعلن إليه فى هذا المحل قد صدر فى شـــأن يـــتعلق بالـــتجارة التى كان يباشرها فيه وقت الإعلان (قيمة بضـــائع من شبابيك وأبواب) فلا محل لما يثيره من أن محل إقامته الفعلـــية بالســـعودية وأنـــه غادر محل إقامته فى مصر لأن الإقامة الفعلـــية ليست عنصرا لازما فى موطن الأعمال الذى يظل قائما ما بقى النشاط التجارى مستمرا وله مظهره الواقعى الذى يدل ... الخ ".

(طعن رقم ٣٥٨ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٦/١/٤)

٤- طلب إخلاء صاحب التجارة أو الحرفة من المكان المؤجر إلـــيه ويمـــارس فيه تجارته أو حرفته لأى سبب من الأسباب التى يجيزها القانون .

غير أن مكتب المحامى لايعتبر موطن أعمال بالنسبة لموكله.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" جـــواز اعتبار مكتب المحامى موطن أعمال له بوصفه المكان الـــذى يباشـــر فـــيه مهنته على نحو ما نصت عليه المادة ٤١ من القـــانون المدنـــى ، على أن ذلك يقتصر على الأعمال المتعلقة به

والمتصلة بمهنته وعمله فيه كمحام ومن ثم فلا يتعداها إلى ما يتعلق بغيرها من الأعمال أو بغيره من الأشخاص لما كان ذلك ، فإنه لايستقيم - في صحيح القانون - اعتبار مكتب المحامى موطنا لموكليه في مفهوم ما نصت عليه المادة ٤٠ ، ٤١ من القانون المدنى " .

(طعن رقم ٥٤٤ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٩/١/٢٠)

١٢ـ متى يتوافر موطن الأعمال ؟

يتوافر موطن الأعمال ما بقى النشاط التجارى أو الحرفى مستمرا وله مظهره الواقعى الذى يدل عليه ، فليست الإقامة الفعلية عنصرا لازما فى موطن الأعمال .

والقول ببقاء النشاط مستمرا ووجود مظهر خارجى يدل عليه مما يخضع لتقدير قاضى الموضوع .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ)- " تجيز المادة ٤١ من القانون المدنى اعتبار محل التجارة - بالنسبة للأعمال المتعلقة بها - موطنا للتاجر بجانب موطنه الأصلى للحكمة التى أفصح عنها الشارع من أن قاعدة تعدد الموطن تعتد بالأمر الواقع وتستجيب لحاجة المتعاملين . فإذا كان الثابت أن أمر الأداء الذى أعلن للطاعن فى محل تجارته بالقاهرة قد صدر فى شأن يتعلق بالتجارة التى كان يباشرها وقت الإعلان

فلا محل لما يثيره من أن محل إقامته الفعلية بالسعودية وأنه غادر محل إقامته فى مصر لأن الإقامة الفعلية ليست عنصرا لازما فى موطن الأعمال الذى يظل قائما ما بقى النشاط التجارى مستمرا وله مظهره الواقعى الذى يدل عليه . وإذ كان الجدل حول قيام هذا النشاط هو جدل فى تقدير موضوعى بحسب الحكم المطعون فيه أن أورد الأدلة المسوغةله فإن إعلان أمر الأداء يكون قد وقع صحيحا".

(طعن رقم ٣٥٨ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٦/١/٤)

٢- " غلق المحل التجارى وقت الإعلان لايفيد بذاته إنهاء النشاط التجارى فيه " .

(طعن رقم ٣٥٨ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٦/١/٤)

٣- " تجيز المادة ٤١ من القانون المدنى اعتبار محل التجارة بالنسبة للأعمال المتعلقة بها موطنا للتاجر بجانب موطنه الأصلى للحكمة التى أفصح عنها الشارع من أن قاعدة تعدد الموطن تعتد بالأمر الواقع ، وتستجيب لحاجة المتعاملين ، ولاتعتبر الإقامة الفعلية عنصرا لازما فى موطن الأعمال الذى يظل قائما ما بقى النشاط التجارى مستمرا وله مظهره الواقعى الذى يدل عليه " .

(طعن رقم ٣٩٥ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٦/٤/١)

٤- " النص فى المادة ٤١ من القانون المدنى على أن يعتبر المكان الذى يباشر فيه الشخص تجاره أو حرفة موطنا بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة وفى المادة ٩٤٧ من

قانون المرافعات على أن تختص المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها آخــر موطن للمورث بتعيين مصفى للتركة وعزله واستبدال غيره وبالفصــل فى جميع المنازعات المتعلقة بالتصفية يدل – وعلى ما جــرى بــه قضاء هذه المحكمة- على أن مفهوم الموطن فى حكم المادة ٩٤٧ من قانون المرافعات ينصرف إلى المكان الذى يقيم فيه المورث قبل وفاته لا إلى المكان الكائن به محل تجارته لأن المشرع وإن أجــاز فى المادة ٤١ من القانون المدنى اعتبار محل التجارة- بالنسبة للأعمال المتعلقة بها – موطنا للتاجر بجانب موطنه الأصلى للحكمــة الــتى أفصح عنها من أن قاعدة تعدد الموطن تعتد بالأمر الواقع تستجيب لحاجة المتعاملين إلا أن إعمال هذه القاعدة يبقى ما بقــى النشـــاط التجارى مستمرا وله مظهره الواقعى فإن توقف أو انتهى انتفت الحكمة من تطبيقها " .

(طعن رقم ١٩٣٥ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٢/٤/٩)

١٣ـ الأماكن الملحقة بالنشاط التجارى أو الحرفى لاتعتبر موطنا لإدارة الأعمال :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن الــنص فى الفقرة الأخيرة من المادة ٢١٣ من قانون المــرافعات على أن " يكون إعلان الحكم لشخص المحكوم عليه أو فــى موطــنه الأصلى " وفى المادة ٤٠ من القانون المدنى على أن "الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة .... " . وفى المادة

٤١ من ذات القانون على أنه " يعتبر المكان الذى يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة " فكل ذلك يدل على أن المشرع قد اعتد بالتصوير الواقعى للموطن فلم يفرق بين الموطن ومحل الإقامة العادى وجعل المعول عليه فى تعيين الموطن الإقامة المستقرة ، بمعنى أنه يشترط فى الموطن أن يقيم الشخص فيه على وجه يتحقق فيه شرط الاعتياد ، وإضافة للموطن الأصلى ، اعتبر المشرع المحل أو مركز إدارة نشاط التاجر أو الحرفى الذى يزاول فيه نشاطه موطنا له بالنسبة للخصومات المتعلقة بهذه أو تلك فيصح إعلانه فيه بكافة الأمور المتعلقة بها طالما أن مباشرته لتجارته أو حرفته فيه له مظهره الواقعى الذى يدل عليه ، بأن يكون المكان هو مركز نشاط التاجر أو الحرفى الذى يتواجد به على نحو يتوافر فيه شرط الاعتياد ويدير منه أعماله المتعلقة بالتجارة أو الحرفة فلا تعتبر الأماكن الملحقة بالنشاط التجارى أو الحرفى كالمخازن وأشباهها التى لايدار منها النشاط على نحو معتاد موطنا لإدارة الأعمال وإنما يكون الموطن الذى يصح الإعلان فيه هو مكان إدارة النشاط لأنه هو الذى يتواجد به التاجر أو الحرفى على وجه يتحقق به شرط الاعتياد " .

(طعن رقم ٣٠٠ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢٠٠١/١/٨ – لم ينشر بعد)

٢- " من المقرر أنه يوجد إلى جانب الموطن الذى يعينه الشخص باختياره من جراء إقامته المعتادة فيه ، ثلاثة أنواع من المواطن : **أولاً** : موطن أعمال يكون مقصورا على ناحية معينة من نواحى نشاطه الشخصى ويقتصر جواز الإعلان فيه على الإعلان الذى يتعلق موضوعها بإدارة النشاط الذى يباشره فيه المعلن إليه. **ثانيا** : موطن قانونى ينسبه القانون للشخص ولو لم يقم فيهعادة كما هو الحال فى حالة القاصر والمحجورعليه. **ثالثا**: محل مختار يتخذه الشخص لتنفيذ عمل قانونى معين " .

(طعن رقم ٢٠٤٩ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠١/٦/٦- لم ينشر بعد)

١٤ـ مباشرة الإجراءات القانونية فى موطن الأعمال جوازى:

ذكرنا أن القانون أجاز موطن الأعمال بجانب الموطن العام للشخص ، فموطن الأعمال ليس بديلا للموطن الأصلى ، فيظل الموطن الأصلى قائما ويضاف إليه موطن الأعمال . ومن ثم يكون صاحب الشأن بالخيار بين مباشرة الإجراءات القانونية فى الموطن الأصلى أو فى موطن الأعمال .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" عينت الفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦ الجمعية التعاونية الزراعية التى يقدم إليها الإخطار بالدين بأنها الجمعية التعاونية الزراعية الواقع فى دائرتها محل إقامة

المديـــن ، دون أى تحديد آخر . وإذ كان النص فى المادة ٤١ من القـــانون المدنـــى على اعتبار محل الحرفة موطنا خاصا للشخص بالنســبة للأعمـــال المـــتعلقة بحرفته هو مجرد تطبيق لفكرة تعدد الموطـــن للتيسير على المتعاملين ، كما أفصحت عن ذلك المذكرة الإيضـــاحية للقانون ، فإن الحكم المطعون فيه إذ رد على ما أثاره الطاعـــن فـــى هـــذا الخصوص بقوله " إذا كان الثابت من إعلان المســـتأنف – الطاعـــن– بصحيفة افتتاح الدعوى أنه قد أعلن ببندر بـــنى مزار الذى يقيم فيه ... وكان المستأنف عليه قد أخطر رئيس الجمعـــية التعاونية الزراعية ببنى مزار بدينه قبل المستأنف " ، فإنه لايكون مخطئا فى القانون " .

(طعن رقم ٣٦٢ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/٥/٢٩)

مــادة (٤٢)

١ – موطــن القاصــر والمحجــور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا .

٢ – ومــع ذلك يكون للقاصر الذى بلغ ثمانى عشرة سنة ومن فــى حكمـــه موطــن خاص بالنسبة إلى الأعمال والتصرفات التى يعتبره القانون أهلا لمباشرتها .

الشــرح

١٥ـ الموطن العام للقاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب:

الموطــن العام الذى نصت عليه المادة ٤٠ من التقنين المدنى ، هــو الموطن الذى يتحدد بالإقامة المعتادة على النحو السابق بيانه. والأصــل أن يتحدد بإرادة الشخص ولذلك يسمى بالموطن الإرادى أو الاختــيارى . ولكن هذا لا يكون إلا بالنسبة لكاملى الأهلية، وهم البالغون سن الرشد دون أن يحجر عليهم لجنون أو عته أو غفلة أو سفه ودون أن يفقدوا أو يغيبوا فيعين لهم وكيل يتولى عنهم أمورهم.

وعلى ذلك فإنه فى الحالة التى لايكون فيها الشخص غير كامل الأهلــية فــإن القانون هو الذى يحدد موطن الشخص ولذلك يسمى بالموطن القانونى أو الإلزامى.

وتنص الفقرة الأولى من المادة على أن موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا .

وعلـــى ذلك يكون موطن القاصر هو موطن الولى أو الوصى وموطن المحجور عليه هو موطن القيم .

فهـــذا الموطن الإلزامى للأشخاص سالفى الذكر ليس هو مكان الإقامة المعتادة لهم وإنما هو موطن حكمي وذلك بأن جعل موطنهم موطـــن من ينوب عنهم قانونا بصرف النظر عما إذا كانوا يقيمون معه أولا يقيمون.

ويظـــل الموطـــن الإلزامى قائما طالما بقى السبب الذى استلزم اتخـــاذه أى طالما ظل الشخص قاصرا أو محجورا عليه أو غائبا . فإذا زال السبب ، فإنه يرجع إلى الأصل العام ، وهو تحديد الموطن على أساس الإقامة الفعلية[1] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ثانـــيا : موطـــن قانونى ينسبه القانون للشخص ولو لم يقم فيه عـــادة كما هو الأمر فى حالة القاصر والمحجور عليه والمفقود فإن القانون يجعل من موطن وليه أو وصيه أو قيمه أو وكيله موطنا له. وفى هذه الحدود يحتفظ المشروع لفكرة الموطن بنصيب من طابعها الحكمى. ورعاية لمصلحة القصر والمحجورين بوجه عام. ولايتحرج أكثر التقنينات تشددا فى الأخذ بالتصوير الواقعى للموطن من إقرار

---

(١) نبـــيل إبراهيم سعد ١٥٣ وما بعدها – الدكتور محمد على عرفه مبادى العلوم القانونية الطبعة الثانية ص ٣٠٤

مثل هذا الحكم (أنظر المواد من ٨ – ١١ من التقنين المدنى الألمانى) [١].

١٦ـ موطن ناقص الأهلية بالنسبة لما يعتبر أهلا لمباشرته من تصرفات :

إذا بلغ القاصر ثمانى عشرة سنة جاز أن يؤذن له فى مباشرة بعض الأعمال القانونية ، تلك هى الأعمال المتعلقة بإدارة أمواله (م١١٢ مدنى). ويكون القاصر بالنسبة لهذه الأعمال كامل الأهلية، وإن ظل قاصر الأهلية فيما عداها .

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٤٢ على استثناء من القاعدة المقررة فى فقرتها الأولى من أن موطن القاصر هو موطن من يمثله قانونا ، على أنه : " يكون للقاصر الذى بلغ ثمانى عشرة سنة ومن فى حكمه موطن خاص بالنسبة للأعمال التى يعتبره القانون أهلا لمباشرتها " ، فنصت على أن القاصر المأذون له بالإدارة ومن فى حكمه كالسفيه وذى الغفلة والمحجور عليه ، يكون له إلى جوار موطنه العام وهو موطن إلزامى كما رأينا ، موطن خاص بالنسبة لأعمال الإدارة التى يباشرها .

وهذا الموطن الخاص يتحدد تحديدا اختيارا ، سواء بمحل إقامته العادية وهو الأصل أو بمحل مباشرة ما يكون مأذونا فيه من تجارة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ٣٤٤ .

أو حرفة أو بمحل مختار لتنفيذ عمل أو تصرف قانونى معين يكون أهـــلا لمباشرته فيكون حكم هذا الشخص إذن من حيث الموطن- فى الحدود الاستثنائية المعترف له فيها بالأهلية- هو حكم الشخص كامل الأهلية .

وهذا الموطن مقصور على أعمال الإدارة التى يباشرها القاصر المـــأذون ومن فى حكمه دون سواها ، أما غيرها من الأعمال وهى الـــتى يباشـــرها عنه ممثله القانونى فيخاطب بشأنها فى موطن هذا الممثل ، كما أسلفنا [١].

وتلك القاعدة ليست خاصة فقط بالقاصر الذى يبلغ الثامنة عشرة بـــل تســـرى أيضا على من فى حكمه فالقاصر الذى يبلغ السادسة عشـــرة يكـــون له موطن خاص فيما يتعلق بالأعمال التى يؤذن له القيام بها بمفرده .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ثانـــيا : موطـــن قانونى ينسبه القانون للشخص ولو لم يقم فيه عـــادة كما هو الأمر فى حالة القاصر والمحجور عليه والمفقود فإن القانون يجعل من موطن وليه أو وصيه أو قيمه أو وكيله موطنا له. وفى هذه الحدود يحتفظ المشروع لفكرة الموطن بنصيب من طابعها

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ١٣٠ ومابعدها – حسن كيره ص ٥٦٩.

الحكمـــى . ورعايـــة لمصـــلحة القصر والمحجورين بوجه عام . ولايتحرج أكثر التقنينات تشددا فى الأخذ بالتصوير الواقعى للموطن مـــن إقـــرار مثل هذا الحكم (أنظر المواد من ٨ – ١١ من التقنين المدنى الألمانى) [١].

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ١ ص ٣٤٤ .

مــادة (٤٣)

١- يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانونى معين .

٢- ولايجوز إثبات وجود الموطن المختار إلا بالكتابة .

٣- والموطـن المختار لتنفيذ عمل قانونى يكون هو الموطن بالنسـبة إلى كل ما يتعلق بهذا العمل بما فى ذلك إجراءات التنفيذ الجبرى إلا إذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى .

الشـــرح

١٧ـ الموطن المختــار :

يقصـد بالموطـن المختار (le domicile élu) المحل - غير مكـان الإقامـة المعتادة - الذى تنصرف الإرادة إلى اختياره لتنفيذ عمـل أو تصرف قانونى معين ، بحيث يكون خاصا بهذا العمل أو التصـرف وحـده ، ويعتبر المقر القانونى للشخص فى شأنه مغنيا بذلك عن موطنه العام. واتخاذ موطن مختار إرادى على هذا النحو، يستوى أن يكون بالعقد أو بالإرادة المنفردة .

وقـد نصت الفقرة الأولى من المادة على هذا الموطن الخاص بقولها : " يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل معين " .

ومـثال ذلـك أن يـ ـتار الشخص موطنا له مكتب محاميه، أو يخـتار الدائن المرتهن ـ طنا له فى دائرة المحكمة التى بها العقار

المـــرهون ، وذلـــك عند قيد الرهن . (م٣٠ من قانون تنظيم الشهر العقـــارى) . وكما إذا اشترى شخص أرضا بعيدة عن موطنه فيتفق معه البائع على أن يكون له موطن قريب من الأرض بالنسبة لتنفيذ هذا البيع .

١٨ـ الموطـن المختار يسرى بالنسبة إلى كل ما يتعلق بالعمل القانونى :

تــنص الفقـــرة الثالثة من المادة على أن : " والموطن المختار لتنفـــيذ عمل قانونى يكون هو الموطن بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا العمـــل بما فى ذلك إجراءات التنفيذ الجبرى إلا إذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى " .

ومعـــنى هـــذا أن تعييـــن موطـــن مخـــتار للوفاء (أى التنفيذ) الاختيارى ، يكون أيضا موطنا مختارا للتنفيذ الجبرى، فإذا اتفق فى البيع على اتخاذ المشترى موطنا مختارا لتنفيذ التزامه بدفع الثمن ، كـــان هـــذا الموطن هو محل مقاضاته بشأن البيع واتخاذ إجراءات التنفـــيذ الجـــبرى . هذا ما لم يقصر الموطن المختار صراحة على بعـــض هـــذه الأعمـــال دون الأخرى . ولكن العكس غير صحيح، فالاتفـــاق على موطن خاص للتقاضى لايجعل ذلك الموطن موطنا للوفاء الاختيارى [١].

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ١٣٢- عبد المنعم الصده ص ٩٠ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وعلى هذا النحو يوجد إلى جانب الموطن الذى يعينه الشخص باختياره من جراء إقامته المعتادة فيه ثلاثة أنواع من الموطن ...

ثالـــثا : موطـــن مختار يتخذه الشخص لتنفيذ عمل قانونى معين كمـــا إذا اختار موطنا له مكتب محاميه وكما يختار الدائن المرتهن موطـــنا فى دائرة محكمة العقار عند قيد الرهن ، وكما إذا اشترى شـــخص أرضا بعيدة عن موطنه فيتفق معه البائع على أن يكون له موطـــن قريب من الأرض بالنسبة لهذا البيع ، ولايثبت هذا الاتفاق إلا بالكتابة ، ويكون الموطن فى هذه الحالة مقصورا على الأعمال المـــتعلقة بتنفيذ البيع كاستيفاء أقساط الثمن ومطالبة المشترى بسائر التزاماته ومقاضاته بشأن البيع واتخاذ إجراءات التنفيذ الجبرى، هذا ما لم يقصر الموطن المختار صراحة على بعض هذه الأعمال دون الأخـــرى. وغـــنى عن البيان أن فكرة الموطن المختار تتمشى مع التصوير الحكمى والتصوير الواقعى للموطن على حد سواء .

ويبيـــن ممـــا تقدم أن الشخص قد يكون له موطنه المعتاد وإلى جانـــبه موطـــن لأعمـــال حرفته . وموطن حكمى فى حالة الحجر والغيبة وموطن مختار لعمل قانونى معين " [1].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ١ ص ٣٤٤ ومابعدها .

والحكمـــة من اتخاذ موطن مختار بالنسبة لعمل معين قد يكون تثبيــت الموطن طوال المدة التى يستغرقها تنفيذ عمل قانونى معين دون تأثـــير لتغيير محل إقامة ذوى الشأن ، أو تجنب الدائن مشاق وتكالـــيف اتخاذ إجراءات التنفيذ فى مواجهة مدين يقيم فى مدينة أو قـــرية بعـــيدة ، أو تركيز إجراءات التنفيذ فى يد وكيل معين كمحام مثلا [١].

١٩ـ فترة سريان الموطن المختار :

يســـتمر الموطن المختار قائما طالما لم ينته تنفيذ العمل القانونى المتعلق به .

والأصل أنه لايتأتى العدول عن الموطن المختار أو تغييره قبل تمام تنفيذ العمل القانونى المتعلق به إلا بنفس طريق تقريره .

فـــإذا كـــان بمقتضى العقد ، وجب تراضى الطرفين على ذلك. ولكـــن يجوز لأى الطرفين الانفراد بتغييره إذا كان مقررا لمحض صـــالحه وحده ، أو لم يكن من شأن هذا التغيير الإضرار بالطرف الآخر طالما يتم إعلانه به [٢].

وإذا كـــان اختـــيار الموطن المختار قد تم فى عقد ، فإنه يعتبر شـــرطا من شروطه ، ولذلك فإن هذا الاختيار يكون ملزما للخلف

---

(١) حسن كيره ص ٥٧٠ .

(٢) حسن كيره ص ٥٧١ .

العـام للمـتعاقد ، شأنه شأن أى شرط من شروط العقد . فالموطن الـذى اخـتاره المـورث لتنفيذ التزاماته الناشئة من العقد ، يكون أيضـا- فـى خصـوص هذا العقد- موطنا مختارا لورثته . وذلك بخـلاف الموطن العام فإنه من خصائص الشخص التى لاتنتقل منه إلى غيره [1].

٢٠- الموطن المختار قد يكون إجباريا :

القـاعدة أن الموطـن المخـتار لا يكون اتخاذه إجباريا ولكن القـانون فـى بعـض الأحوال الاستثنائية يجبر الأفراد على اتخاذ موطـن مخـتار فى مكان معلوم . ومثل ذلك المادة ٣٠ من قانون تنظـيم الشهر العقارى التى توجب أن يختار الدائن المرتهن موطنا مخـتارا له فى دائرة المحكمة التابع لها العقار وإلا صح إعلانه فى قلم كتاب هذه المحكمة .

وكذلـك ما تقضى به المادة ٢/٧٤ من قانون المرافعات الجديد مـن أن " علـى الخصـم الذى لايكون له وكيل بالبلد الذى به مقر المحكمة أن يتخذ له موطنا فيه ".

٢١- إثبات الموطن المختار بالكتابة :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه : " ولايجوز إثبات وجود الموطن المختار إلا بالكتابة " .

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ١٣٢ وما بعدها .

ومفـاد ذلك أن المشرع تطلب الكتابة لإثبات الموطن المختار، والحكمة من ذلك أن الموطن المختار استثناء من القاعدة العامة التى تقرر بأن الموطن العام للشخص هو محل إقامته المعتاد، ورغبة من المشرع فى أن يحسم كل ما قد يثور حول اختيار هذا الموطن .

وعلى ذلك فإن الكتابة أصبحت ضرورية لإثبات الموطن المختار، وذلك أيا كانت قيمة العمل القانونى الذى من أجله اختار المتعاقدان موطنا خاصا .

وهذه الكتابة التى لايجوز إثبات وجود الموطن المختار إلا بها، قـد تكون شرطا فى العقد ، وقد تكون ورقة صادرة من الشخص، كمـا إذا عيـن المدعى فى صحيفة دعواه موطنا مختارا هو مكتب أحد المحامين[١] .

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ١٣١ ومابعدها – حسام الأهوانى ص ١٢٤.

مـــادة (٤٤)

١- كل شخص يبلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية .

٢- وسن الرشد هى إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة.

الشـــرح

٢٢ـ الأهليـة :

الأهلية فى اللغة العربية تعنى الصلاحية لأمر معين ، وفى لغة القـــانون هـــى أيضا الصلاحية لاكتساب الحقوق والصلاحية لإبرام التصرفات القانونية .

وبذلـــك فهـــى تستخدم فى القانون للتعبير عن معنيين هما أهلية الوجوب وأهلية الأداء . فالأهلية تنقسم إلى نوعين : **أهلية وجوب**، وهى صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات. **وأهلية أداء** ، وهـــى صـــلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية التى يكون من شأنها أن تكسبه حقا أو أن تحمله واجبا .

والأحكـــام التى تنظم الأهلية فى مظهريها تمس النظام العام فى الصـــميم ، لأنهـــا تؤثـــر تأثـــير بالغـــا فى حياة الشخص القانونية والاجتماعية .

ونتناول فيما يلى أهلية الوجوب ثم نتناول أهلية الأداء .

٢٣ـ أهلية الوجوب :

أهلـــية الوجـــوب (capacité de jouissance) هى صلاحية الشـــخص لكســـب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، أو هى صلاحية الشخص لوجوب الحقوق له أو عليه .

وأهلـــية الوجوب تدور وجودا وعدما مع الحياة نفسها ، وعلى ذلك فالشخص منذ ميلاده حتى وفاته يوجد لديه أهلية وجوب كاملة ذلك أنه قابل وبصرف النظر عن سنه أو ملكاته العقلية، لأن يكسب حقـــا وأن يتحمل بالتزام . بل إنه فى بعض الأحوال الاستثنائية مثل حالـــة الحمـــل المستكن تثبت له قبل ولادته أهلية وجوب فى حدود معينة يحددها القانون .

ولمـــا كانـــت أهلية الوجوب تدور مع الحياة وجودا وعدما من حيـــث المـــبدأ فإن الطفل له حق الميراث بصرف النظر عن سنه. ويمكن أن يكون الطفل مالكا لأمواله [١].

وأهلية الوجوب فى الأصل يتساوى فيها الناس جميعا ، ذلك أن الناس كقاعدة عامة متساوون فى التمتع بالحقوق.

---

(١) الدكـــتور حســـام الدين الأهوانى نظرية الحق طبعة ١٩٧٣ ص ١٤٣- الدكـــتور عـــبد المنعم البدراوى المدخل للقانون الخاص الطبعة الأولى ١٩٥٧ ص ١٣٤

ولكن استثناء قد تكون هذه الأهلية مقيدة بالنسبة لبعض الحقوق. ومثل ذلك :

١-الجنسية : فالحقوق السياسية لاتثبت إلا للوطنين دون الأجانب .

٢- السن : فالحقوق السياسية لاتثبت للشخص إلا إذا بلغ سنا معينة .

٣- الحكم على الشخص ببعض العقوبات : فهو يحرم الشخص من حقوقه السياسية إلى أن يرد له اعتباره .

وإذا كانت أهلية الوجوب لاتحد إلا بالنسبة إلى الحقوق السياسية دون المدنية ، إلا أنه فى بعض الأحوال الاستثنائية يرد القيد عليها بالنسبة إلى هذه الحقوق الأخيرة ، وأهم هذه الأحوال حرمان الشخص من الحق فى أن يرث قريبه ، إذا كان قد قتله عمدا بغير حق ولا عذر ، أو شهد زورا شهادة أدت إلى إعدامه (المادة ٥ من قانون المواريث) .

وكذلك يحرم الشخص من أن يرث قريبه ، إذا اختلفا فى الإسلام (المادة ٦ من قانون المواريث) [١].

---

(١) الدكتور عبد التفاح عبد الباقى نظرية الحق طبعة ١٩٥٧ ص٨٠- الدكتور محمد حسام محمود لطفى موجز النظرية العامة للحق ١٩٨٨ ص١٣٣.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن شخصية الإنسان وهى صلاحيته لوجوب الحقوق له أو عليه لاتبدأ كأصل عام وطبقا لما نصت عليه المادة ٢٩ من القانون المدنى – إلا بولادته حيا ، ومن ثم فإن لم يكن موجودا على قيد الحياة عند وفاة آخر لاتكون له ذمة مالية ولا دعوى شخصية يطالب فيها بتعويض عن ضرر لم يصبه –ماديا كان هذا الضرر أو أدبيا– حتى ولو كان من أقاربه إلى الدرجة الثانية الذين أجازت المادة ٢٢٢ من القانون ذاته تعويضهم عما قد يصيبهم من ألم من جراء تلك الوفاة ، لأن المشرع بهذا النص قصر الحق فى التعويض عن الضرر الأدبى الشخصى المباشر على من كان من هؤلاء موجودا على قيد الحياة فى تاريخ الوفاة دون أن يوسع من نطاق هذا الحق بحيث يشمل من لم يكن له وجود حين الوفاة ، سواء كان لم يولد بعد أو كان قد مات قبل موت المصاب ، فإن أيا من هؤلاء يستحيل تصور أن يصيبه ضرر أدبى نتيجة موته " .

(طعن رقم ٥٤٦٢ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢٠٠٢/١/٨ – لم ينشر بعد)

" أهلية الوجوب وأهلية الأداء. ماهية كل منهما . جواز أن تتوافر للشخص الطبيعى أهلية الوجوب دون أهلية الأداء . مؤداه . حلول إرادة نائبه محل إرادته مع انصراف الأثر القانونى إلى الأخير" .

(طعن رقم ١٣٤٥ لسنة ٧٢ ق جلسة ٢٠٠٣/٦/٢٣ – لم ينشر بعد)

٢٤ـ أهلية الأداء :

أهلية الأداء (capacité d' exércice) هى صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه التصرفات القانونية التى من شأنها أن تكسبه حقا أو تحمله دينا على وجه يعتد به قانونا ، كأهلية الشخص فى أن يبيع ماله أو يرهنه أو أن يؤجره .

ومناط أهلية الأداء هو الإدراك والتمييز فمتى وجد الإدراك والتمييز اكتملت أهلية الأداء والعكس صحيح .

ويجب عدم الخلط بين أهلية الأداء وبين أهلية الوجوب . فالمقصود بأهلية الوجوب هو صلاحية الشخص لأن يكون صاحب حق أو مدينا بالتزام .

فمن المتصور أن يكون شخص متمتعا بأهلية الوجوب كاملة ولكن تنعدم لديه أهلية الاداء . فمثلا الصبى غير المميز وهو يقل عمره عن سبع سنوات لديه أهلية وجوب كاملة بمعنى أنه يمكن أن يكون مالكا لشئ ويثبت له الحق فى الإرث ولكن هذا الطفل تنعدم لديه أهلية الأداء بمعنى أنه لايستطيع أن يقوم بنفسه بأى تصرف قانونى من شأنه أن يكسبه حقا وأن يحمله بالتزام فلا تتوافر لديه الأهلية اللازمة للشراء أو البيع .

وأهلية الأداء تفترض لقيامها بالضرورة توافر أهلية الوجوب. لأنها تعنى صلاحية الشخص لأن يباشر التصرف القانونى الذى من

شـــأنه أن يرتب له الحق أو أن يحمله بالالتزام . وطبيعى أنه إذا لم يكـــن الشخص صالحا لأن يكون صاحبا للحق أو مدينا بالالتزام ، كـــان التصـــرف الذى من شأنه أن يرتبهما له غير ذى موضوع ، وبالتالى لايتصور قيام الأهلية لأدائه [١].

والقـــانون لايستطيع أن يترك ذلك الوضع دون علاج ، فمادام الشـــخص صالحا لأن يثبت له الحق وعليه الالتزام ، فلا يمكن أن يحرم من أن تجرى لصالحه التصرفات القانونية ، التى هى السبب الغالـــب فى ترتيب الحقوق والالتزامات . إذ القول بغير ذلك يؤدى إلى شل حياته القانونية ، مما يعود عليه بأفدح الضرر .

فمـــا دام الشـــخص يتمـــتع بأهلية وجوب أى أنه قابل للتحمل بالالـــتزام أو للتمـــتع بالحق فلا بد وأن يتدخل القانون لينظم كيفية مباشـــرة التصرفات القانونية التى من شأنها أن تكسب حقا أو تحمل التزاما .

وقـــد تدخـــل المشـــرع فى ذلك بإنشاء نظام الولاية على المال والـــذى بمقتضاه ينصب شخصا معينا ليتولى عن معدوم الأهلية أو ناقصها الإشراف على شئونه القانونية ومباشرة التصرفات القانونية نيابة عنه .

---

(١) عـــبد الفتاح عبـــد الباقى ص ٨٠ وما بعدها – حســـام الدين الأهوانى ص ١١٤ ومابعدها .

٢٥ـ تمييز أهلية الاداء عن النظم التى تختلط بها :

(أ) ـ الأهلية والولاية :

ذكـــرنا أن أهلية الأداء هى قدرة الشخص أو صلاحيته لمباشرة الأعمال القانونية .

ويقصـــد بذلـــك صـــلاحيته لمباشرة هذه الأعمال لحساب نفسه ولصالحه . أما الولاية فهى سلطة مقررة للشخص تجعله قادرا على القـــيام بأعمـــال قانونية تنفذ فى حق الغير ، فتكسبه حقا أو تحمله بالتزام .

فالقاصر لايستطيع أن يباشر كسب الحقوق ولاتحمل الالتزامات بنفســـه . فـــيقال إنـــه ناقص الأهلية أو عديمها . وإنما يباشر هذه الأعمـــال لحســـابه وليه أو وصيه . فهذه الأعمال متى صدرت من الولى أو الوصى أحدثت أثرها فى ذمة القاصر لا فى ذمة الولى أو الوصـــى، مع أن القاصر فاقد الأهلية . وعندئذ لايقال إن الولى أو الوصـــى "أهل" لمباشرة هذه الأعمال بدلا من القاصر ، بل يقال إن لـــه **"ولاية" على القاصر تجعل أعماله نافذه فى حقه . فأهلية الأداء هى صفة تلحق الشخص فتصبح بها أعماله منتجة لآثارها القانونية فـــى حـــق نفســـه ، والولاية هى سلطة شرعية تقوم على ترخيص** القـــانون ، فـــتجعل الشـــخص صالحا لأن يعمل عملا ينفذ فى حق شخص آخر[١].

---

(١) عـــبد المنعم البدراوى ص ١٤٠- عبد المنعم الصـــده فى نظرية الحق ص ٩٣ ومابعدها .

(ب) ـ أهلية الأداء وعدم قابلية المال للتصرف فيه :

فـــى بعـــض الأحـــيان يكون مال معين غير قابل للتصرف فيه قانونـــا ، وذلـــك مـــثل الأموال العامة المملوكة للدولة مثل الطرق والشوارع ومثل الأموال التى يلحقها شرط المنع من التصرف .

ولايجب الخلط بين انتفاء أهلية الأداء وبين المنع من التصرف. ففـــى حالة انتفاء أهلية الأداء يكون الشخص نفسه غير صالح للقيام بنفســه بالتصـــرفات القانونية فالشخص نفسه هو الذى يوصف بأنه مـــنعدم أو ناقص الأهلية أما فى حالة المنع من التصرف فإن المال نفســه غـــير قابل للتصرف فيه فالمنع من التصرف وصف يلحق بالمال نفسه وليس الشخص (١).

٢٦ـ كمال الأهلية :

إذا بلـــغ الشخص سن الرشد – وهى إحدى وعشرون سنة فى القـــانون المصـــرى – اعتـــبره القـــانون فى الأصل كامل التمييز والإرادة الواعـــية البصيرة . ولما كان كمال التمييز والإرادة مناط أهلـــية الأداء . فيكون هذا الشخص كامل الأهلية كمالا مطلقا بحيث يملـــك إجـــراء كل أنواع التصرفات القانونية بنفسه منها النافع نفعا محضـــا والضـــار ضررا محضا والدائر بين النفع والضرر، سواء كان هذا الشخص مسلما أو غير مسلم رجلا أم امرأة .

---

(١) حســـام الدين كامل الأهوانـــى ص ١٤٥ وما بعدها– عبد المنعم الصده ص : ٤ ومابعدها .

واكتمال أهلية الشخص ببلوغ سن الرشد على هذا النحو، معناه انتهاء الولاية أو الوصاية التى كانت مقامة عليه ، ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية أو الوصاية عليه، بسبب إصابته بعارض يفقده قواه العقلية كالجنون أو العته ، أو يخل بتقديره وتدبيره كالسفه والغفلة . ومتى تقرر استمرار الولاية أو الوصاية عليه بعد بلوغ سن الرشد، فتظل قائمة لايرفعها إلا قرار من المحكمة فى حال رجوع العقل أو اعتدال التقدير ، فيصبح الشخص به حينئذ كامل الأهلية [١].

أما إذا كان قبل بلوغه هذه السن قد حكم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية لجنون أو عته أو غفله أو سفه ، أو لم يحكم عليه ولكنه بلغ السن مجنونا أو معتوها ، فتستمر الولاية عليه أو الوصاية بحسب الأحوال . ويترتب على ذلك أنه إذا بلغ السن وكان ذا غفلة أو سفيها ولم يكن قد حكم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية للغفلة أو السفه ، فإنه يصبح رشيدا كامل الأهلية ، وإذ أريد الحجر عليه بعد ذلك وجب استصدار حكم بالحجر ، وتختار المحكمة له قيما قد يكون غير الولى أو الوصى [٢].

---

(١) الدكتور حسن كيره المدخل إلى القانون الطبعة الخامسة ١٩٧٤ ص ٥٨٣ ومابعدها .

(٢) الدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء الأول طبعة ٢٠٠٤ ص ٢٢٩ .

مـــادة (٤٥)

١- لايكـون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر فى السن أو عته أو جنون .

٢- وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقدا للتميز .

الشـــرح

٢٧ـ فقد التمييز :

أهلـــية الأداء – كمـــا ذكرنا سلفا – مناطها كمال التمييز . وقد اعتـــبرت المادة أن فقد التمييز يكون لصغر فى السن (الصبى غير المميز) وللعته وللجنون .

ونعرض لذلك بالتفصيل فيما يأتى :

١- الصبى غير المميز :

إذا كـــان الصـــبى لـــم يـــبلغ السابعة من العمر – طبقا للتقويم المـــيلادى- فإن التمييز يكون منعدما تماما عنده . وهو من يعرف لذلـــك باســـم الصـــبى غير المميز . فقوام التصرفات القانونية هو الإرادة ولا إرادة عند من لم يبلغ السابعة من عمره .

والأمـــر لايرتبط بقياس درجة إدراك الطفل وتمييزه من الناحية الفعلـــية . وإنمـــا يـــتعلق الأمر بقرينة قاطعة أى غير قابلة لإثبات العكـــس، مضمونها أن الطفل دون السابعة من عمره لايكون مميزا

ولو كان مميزا بالفعل. وأن الطفل فى السابعة من عمره مميزا حتى ولو تأخر تمييزه وإدراكه إلى ما بعد ذلك [١].

٢- المجنون والمعتوه :

يقصد بالجنون ذلك المرض الذى يصيب العقل فيفقده ويعدم التمييز ويقصد بالعته ذلك الخلل الذى يعترى العقل دون أن يبلغ مبلغ الجنون فيجعل صاحبه مختلط الكلام قليل الفهم . والأصل أن العته لايعدم التمييز دائما كالجنون ، فقد يقتصر أحيانا على مجرد الانتقاص منه ، مما كان ينبغى معه التفريق فى الحكم بين العته المعدم للتمييز والمساوى للجنون وبين مجرد العته المنتقص من التمييز . ولكن القانون المصرى – أمام دقة التمييز بين نوعى العته – أغفل هذا التفريق ، وسوى فى الحكم بين المجنون وبين المعتوه، فاعتبر كل منهما عديم الأهلية كالصبى غير المميز إذ نص على أنه لايكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر فى السن أو عته أو جنون (م٤٥/١) .

ويراعى أن المشرع المصرى فى اعتباره الجنون معدما للأهلية، لايفرق– كما يفعل فقهاء الشريعة الإسلامية – بين جنون مطبق كامل يستوعب كل الأوقات وبين جنون غير مطبق متقطع بالإفاقة فى بعض الأوقات .

---

(١) الدكتور نعمان جمعه :دروس فى العلوم القانونية طبعة ١٩٧٧ ص٤٥٧.

وحسنا فعل ، لأن ذلك أدعى إلى الحسم والقطع فى أمر كهذا يستعصى على الإثبات ويفتح الباب واسعا لكثير من المنازعات[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " العته آفة تصيب العقل فتعيبه وتنقص من كماله، والمرجع فى ذلك وعلى ما أوردته المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال- هو خبرة المختصين فى الآفات العقلية وشواهد الحال إذ كان ذلك وكان ما يعنى محكمة الولاية على المال وهى بسبيل بحث طلب الحجر هو التحقق من قيام عارض من عوارض الأهلية يستوجبه ، وفى نسبة العته إلى شخص بعينه تنحصر مهمتها فى تمحيص مدى تأثير هذا المرض على أهليته بما لايمكنه معه من أن يستبين وجه المصلحة فيما يبرمه من تصرفات وفى إدارته لأمواله وفى فهمه للمسائل المالية الخاصة به ، وهى فى هذا الشأن لها مطلق الحرية فى تقدير

---

(١) حسن كيره ص ٥٨٤ وما بعدها - الدكتور نبيل إبراهيم سعد نظرية الحق دار النهضة العربية ص ١٦٩ ومابعدها - حسام الدين الأهوانى ص ١٦٢ - نعمان جمعه ص٤٥٧ ومابعدها - وعكس ذلك الدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء الأول طبعة ٢٠٠٤ ص ٢٣١ ومابعدها - الدكتور سليمان مرقس ص ٥٧١ فيأخذان بالتفرقة الواردة بالمتن .

قـيام حالة العته باعتبارها تتعلق بفهم الواقع فى الدعوى فلا تخضع فى قضائها هذا لرقابة محكمة النقض متى كان استخلاصها سائغا".

(طعن رقم ٢٣ لسنة ٤٤ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٧/١/٥)

٢- " المجـنون فى فقه الشريعة الإسلامية من أصيب باختلال فى العقل يفقده الإدراك تماما وتكون حالته حالة اضطراب ، وحكمه أن تصـرفاته القولـية تكون باطلة بطلانا كليا فلا تصح له عبارة أصلا ولاينبنى عليها أى حكم من الأحكام " .

(طعنان رقما ٥٧، ٦٦ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨١/٦/٢٣)

مــادة (٤٦)

كــل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون .

الشـــــرح

٢٨ـ ناقصو الأهليــة :

(أ) ـ من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد :

يعتبر ناقص الأهلية لاعديمها كل من بلغ سن التمييز (السابعة) ولم يبلغ سن الرشد .

(ب) ـ كل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة :

كل من بلغ سن الرشد أى ٢١ سنة ميلادية كاملة ، وكان سفيها أو ذا غفلة ، فإنه يكون ناقص الأهلية .

وقد أردفت المادة عبارة (وفقا لما يقرره القانون) أى يجب أن يصدر حكم من محكمة الأسرة بتوقيع الحجر عليه للسفه أو للغفلة[١].

---

(١) وكان نص المادة بالمشروع النهائى بلجنة المراجعة الآتى: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد سفيها أو ذا غفلة يكــون نــاقص الأهلية " وقد وافق مجلس النواب ومجلس الشيوخ على المــادة دون تعديل . إلا أن حضرات مستشارى محكمة النقض والإبرام اقترحوا أن يكون نص المادة كالآتى : " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ ســن الرشــد وكل من بلغ سن الرشد وحجر عليه لسفه أو غفلة يكون ناقص الأهلية". إذ بغير هذا التعديل قد يفهم أن السفه والغفلة يقوم أثرهما

بغير حكم بالحجر . وقد رد حضرة مندوب الحكومة على هذا الاقتراح بأن المادة ١١٣ من المشروع الخاصة بالحجر على طوائف من عديمي الأهلية وناقصيها فيها ما يزيل الشبهة التى قامت عند حضرات المستشارين.

ومع ذلك فقد اتجه الرأى دفعا للبس إلى إضافة عبارة " وفقا لما يقرره القانون" ، إلى نهاية المادة إذ بهذه الإضافة لايعتبر السفيه أو ذو الغفلة من ناقصى الأهلية إلا فى الحالات وبالإجراءات التى يقررها القانون .

وقررت اللجنة تعديل المادة بإضافة عبارة " وفقا لما يقرره.القانون " إلى نهايتها وإضافة كلمة " وكان " بعد عبارة " وكل من بلغ سن الرشد ".

وجاء بتقريرها أنه غنى عن البيان أن تعديل اللجنة يزيل الشبهة باستعمال صيغة فيها الدقة والسعة ماهو أكفل بتحقيق المقصود فمن الأحوال ما قد تكون فيه تصرفات السفيه أو ذى الغفلة قابلة للإبطال أو باطلة ولو قبل قرار الحجر (م١١٥ من المشروع) .

وجاء بملحق تقرير اللجنة :

" اقترح تعديل المادة ٤٦ الخاصة بمن يعتبر من ناقصى الأهلية فأشير بوجوب التنويه بأن السفيه وذا الغفلة لا يتقرر نقص أهليتهما "لا بالحجر دفعا لشبهة قيام حالة نقص الأهلية " بغير حكم بالحجر " ومع أن المادة ١١٣ من المشروع وهى الخاصة بالحجر على طوائف من عديمي الأهلية وناقصيها فيها ما يزيل هذه الشبهة إلا أن اللجنة رأت دفعا للبس أن تختتم المادة ٤٦ بعبارة " وفقا لما يقرره القانون " وبهذه الإضافة لايعتبر السفيه أو ذو الغفلة من ناقصى الأهلية إلا فى الحالات وبالإجراءات التى يقررها القانون . وغنى عن البيان أن تعديل اللجنة يزيل الشبهة باستعمال صيغة فيها من الدقة والسعة ما هو أكفل بتحقيق المقصود فمن الأحوال ما قد تكون فيه تصرفات السفيه أو ذى الغفلة قابلة للإبطال أو باطلة ولو قبل قرار الحجر (م١١٥ من المشروع) (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ٣٥٩ ومابعدها) .

(أنظــر فــى أحكام تصرفات من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وأحكام السفه والغفلة فى شرح المادتين ١١٥ ، ١١٦) .

٢٩ـ المقصود بالسفه :

عرفت محكمة النقض السفه بأن :

١- " السـفه هو إنفاق المال على غير مقتضى الشرع والعقل. وتصـرف الإنسان فى كل ما يملك لزوجته وأولاده الصغار سواء كـان هذا التصرف بعوض أو بغير عوض لا مخالفة فيه لمقتضى الشرع والعقل بل هو تصرف تمليه الرغبة فى تأمين مستقبل الزوجة والصـغار الذين يرعاهم وليس من شأن مثل هذا التصرف إتلاف المـال فـى مفسدة بل إن فيه حفظ المال لمن رأى المتصرف أنهم أحق أهله به إذ الشرع لايحرم على الإنسان الخروج عن ماله حال حـياته كـلا أو بعضا لأحد ورثته لمصلحة مشروعة يقدرها ، ولو قصد من ذلك حرمان بعض ورثته مما عساه قد يؤول إليهم " .

(طعن رقم ٢ لسنة ٢٦ ق " أحوال شخصية" جلسة ١٩٥٧/٢/٢٠)

٢- " ليس فى خروج الإنسان عن ماله لزوجته وأولاده الصغار مـا ينبـئ عن استئثار أو تسلط لأن تصرفه لهم أمر تمليه العاطفة وتدفـع إلـيه الغريـزة . كما أن تصرفاته التبرعية لهم لايمكن أن يوصف معها بالغفلة لأن الغفلة هى ضعف بعض الملكات الضابطة

فـــى الـــنفس تـــرد على حسن الإدارة والتقدير ويترتب على قيامها بالشخص أن يغبن فى معاملاته مع الغير ".

(طعن رقم ٢ لسنة ٢٦ ق " أحوال شخصية" جلسة ١٩٥٧/٦/٢٠)

٣- " السفه هو تبذير المال وإتلافه فيما لايعده العقلاء من أهل الديانـــة غرضـــا صحيحا ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد قضى بتوقـــيع الحجـــر على الطاعنة مستندا فى ذلك إلى " أن تصرفاتها ينطبق عليها المدلول القانونى والشرعى للسفه ذلك بأنها فضلا عن إســـرافها فـــى إنفاق كل ما استوفته من مبالغ التعويض التى قدرها المســـاعد القضـــائى لها بمبلغ ثلاثة آلاف جنيه ومن مبالغ الإيراد الـــناتج من أكثر من ثلاثين فدانا رغم ضآلة مطالبها إذ لاتحتاج إلا للمـــأكل والمبلس والمسكن وهى بمفردها لم تنجب ذرية وليس لديها من تجب عليها نفقته ثم تتمادى فى الإسراف وسوء التصـرف فتتنزل عن كل أطيانها الزراعية بطريق الهبة لأحد أولاد أختها مؤثرة إياه على بقية إخوته لو تم ذلك لتجردت من أملاكها وأصبحت لاتجد من الإيراد السنوى ما يكفى لنفقتها وتوفير حاجتها الضرورية ولم تكتف بمـــا اســـتحوز عليه من إيراداتها بمقتضى التوكيل العام الصادر له مـــنها مـــدة خمس عشرة سنة كاملة ، وكل أولئك يدل دلالة لاريب فـــيها علـــى أن الطاعنة قد وصلت فى سوء التقدير والتصرف فى

المـــال إلـــى الحـــد الذى يبرر وصمها بالسفه ويسوغ بالتالى توقيع الحجـــر عليها " وهذه التقريرات من الحكم إنما تكشف عن أوضاع جارية ومتعارفة قوامها التراحم والتضامن الاجتماعى ، مما يحض علـــيه التشـــريع الاســـلامى ، وبالتالى فهى لاتنطوى على خفة من جانـــب الطاعـــنة وليس فيها ما ينبئ عن إنفاقها المال وإتلافه على غـــير ما يقتضيه العقل والشرع ولايتحقق بها مقتضاه ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه " .

(طعن رقم ٣١ لسنة ٣٣ ق " أحوال شخصية" جلسة ١٩٦٦/٢/٢)

٤- " مـــن المقـــرر فى قضاء هذه المحكمة أن السفه هو تبذير المـــال وإتلافه فيما لايعده العقلاء من أهل الديانة غرضا صحيحا، وهـــو فكرة معيارية تنبنى بوجه عام على إساءة استعمال الحقوق، ومـــن ضـــوابطه أنه خفة تعترى الإنسان فتحمله على العمل على خـــلاف مقتضـــى العقـــل والشرع . وأن الغفلة هى ضعف بعض الملكـــات الضـــابطة فـــى الـــنفس ترد على حسن الإدارة والتقدير ويترتب على قيامها بالشخص أن يغبن فى معاملاته مع الغير " .

(طعن رقم ٣١ لسنة ٤٠ ق " أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٤/٣/٢٧)

٥- " لمـــا كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه إذ قضى بتوقيع الحجـــر علـــى الطاعن قد اكتفى بسرد التصرفات الصادرة منه ، حسبما أوردها المطعون عليه فى طلب الحجر، وساق عبارة مجملة

دون أن يـــناقش هذه التصرفات ويبين الوقائع التى تنبئ عن إنفاق المـــال وإتلافـــه على غير ما يقتضيه العقل والشرع ، وعن الغبن الـــذى لحق الطاعن من هذه التصرفات . واستدل الحكم فى قضائه بتوقـــيع الحجـــر على ما جاء بأقوال الطاعن في التحقيقات دون أن يـــورد هذه الأقوال ويكشف عن دلالتها على السفه والغفلة ، وكان الطاعـــن قد تمسك فى دفاعه أمام محكمة الاستئناف بأن القدر الذى باعه إلى ... مرهون وأن البيع لم يشمل... وأنه أخذ على المشترى ورقة ضد بهذا المعنى ، قدم صورة منها ضمن مستنداته ، غير أن الحكـــم التفت عن تحقيق هذا الدفاع الجوهرى ولم يتناوله بأى رد ، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون معيبا بالقصور " .

(طعن رقم ٣١ لسنة ٤٠ ق " أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٤/٣/٢٧)

٣٠ـ المقصود بالغفلة :

عرفت محكمة النقض الغفلة بقولها :

١- " لـــم يجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على تعريف صاحب الغفلـــة فقال بعضهم إنه هو الشخص الذى لايهتدى إلى التصرفات الرابحة لسلامة قلبه فيغبن فى تصرفاته ، ويرى آخرون أنها امتداد لفكـــرة السفه. على أنه من المتفق عليه – أنها من العوارض التى تعتر الإنسان فلا تخل بالعقل من الناحية الطبيعية وإنما تنقص من قـــوة ملكات نفسية أخرى أخصها الإدارة وحسن التقدير وقد يستدل

عليها بإقبال الشخص على التصرفات دون أن يهتدى إلى الرابح فيها بقبوله فاحش الغبن فى تصرفاته عـادة أو بأيسر وسـائل الانخداع على وجه يهدد المال بخطر الضياع والحكمة فى توقيع الحجر بسببها هى المحافظة على مال المحجور عليه حتى لايصبح عالة على المجتمع وكذلك المحافظة على مصالح الأسرة وغيرها من المصالح المشروعة كمصالح الدائنين " .

(طعن رقم ٥ لسنة ٢٤ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٥٤/١٢/٢٣)

٢- " الغفلة- على ما جرى به قضاء هذه المحكمة- هى ضعف بعض الملكات الضابطة فى النفس ترد على حسن الإدارة والتقدير ويترتب على قيامها بالشخص أن يغبن فى معاملاته مع الغير. وإذن فمتى كانت التصرفات الذى أخذ الحكم المطعون فيه الطاعنة بها إنما ترددت بينها وبين ولديها يحدو الطاعنة فيها طابع الأمومة بما جبلت عليه من العطف والرعاية تبعا لما تستشعره هى تلقاء هما من أحاسيس الرضا والغضب دون أن يكون فى تباين هذه التصرفات معها أو مع أى منهما مظهر من مظاهر الاضطراب أو دليل على الانقياد وعدم الإدراك ، وكان البيع الصادر من الطاعنة لأحد ولديها قد بررته هى- على ما ورد فى الحكم المطعون فيه بأن ابنها المتصرف إليه قد أدى عنها جميع الديون التى خلفها لها ابنها الآخر وقت وكالته ، فإن قيام هذا الاعتبار لدى الطاعنة من

شأنه أن يدفع عن هذا التصرف شبهة الاستئثار أو التسلط عليها مما ينأى به عن مجال الغفلة سواء كان الثمن المقدر للمبيع أقل من قيمته الحقيقية أو كان البيع قد حصل تبرعا من الطاعنة لولدها المذكور طالما أنها لم تصدر فى هذا التصرف إلا من مصلحة تراها هى جديرة بالاعتبار ، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون قد استند فى قضائه بتوقيع الحجر على الطاعنة للغفلة على أساس مخالف للقانون مما يستوجب نقضه " .

(طعن رقم ٤ لسنة ٢٧ ق " أحوال شخصية" جلسة ١٩٥٩/١/٢٩)

٣- " الغفلة – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- هى ضعف بعض الملكات الضابطة فى النفس ترد على حسن الإدارة والتقدير، ويترتب على قيامها بالشخص أن يغبن فى معاملاته مع الغير ، وقد يستدل عليها بإقبال الشخص على التصرفات دون أن يهتدى إلى الرابح منها أو بقبوله فاحش الغبن فى تصرفاته عادة أو بأيسر وسائل الانخداع على وجه يهدد المال بخطر الضياع . وإذ كان الحكم المطعون فيه قد قضى بتوقيع الحجر على الطاعن للغفلة مستندا فى ذلك إلى قيامه بالتوقيع بختمه على أوراق بيضاء لكاتب عمومى استغلها فى بيع أملاك الطاعن ، وتوقيعه بختمه على إيصالين باستلام أجرة عين يملكها دون أن يكون قد حل موعد استحقاقها ، وإذ كانت هذه التصرفات التى تضمنتها تقريرات

الحكــم، ليس فيها أى مظهر من مظاهر الاضطراب أو دليل على الانقــياد وعدم الإدراك وأن الطاعن ينخدع فى تصرفاته ومعاملاته بأيسر وسائل الانخداع على وجه يهدد ماله بالضياع ، وهى لاتعدو أن تكون صادرة عن مجرد إهمال أو سهو فى التعامل مما يقع فيه الــرجل العــادى ، لما كان ذلك ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه " .

(طعن رقم ٢٠ لسنة ٣٨ ق "أحوال شخصية" جلسة ٢٥/١٠/١٩٧٢)

٤- " الغفلة هى ضعف بعض الملكات الضابطة فى النفس ترد علــى حسن الإدارة والتقدير ويترتب على قيامها بالشخص أن يغبن فى معاملاته مع الغير " .

(طعن رقم ٣١ لسنة ٤٠ ق" أحوال شخصية" جلسة ٢٧/٣/١٩٧٤)

٣١- ما يشترك فيه السفه والغفلة :

يشترك السفه والغفلة فى معنى واحد هو ضعف بعض الملكات الضابطة فى النفس .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- "الســفه والغفلــة بوجــه عام يشتركان فى معنى واحد هو ضــعف بعــض الملكات الضابطة فى النفس إلا أن الصفة المميزة للسفه هى أنها تعترى الإنسان فتحمله على تبذير المال وإنفاقه على خــلاف مقتضــى العقل والشرع ، أما الغفلة فإنه تعتبر صورة من

صور ضعف بعض الملكات النفسية ترد على حسن الإدارة والتقدير . وإذن فمتى كان الحكم إذ قضى برفض طلب الحجر أقام قضاءه على ما استخلصه بالأسباب السائغة التى أوردها من أن التصرفات التى صدرت من المطلوب توقيع الحجر عليه إلى أولاده وأحفاده تدل على تقدير وإدراك تام لتصرفاته ولا تبنئ عن سفه أو غفلة ، فإنه لايكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم٢ لسنة ٢٥ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٥٥/٤/٧)

٢- " متى كان الحكم المطعون عليه إذ نفى عن المطلوب الحجر عليه السفه والغفلة استنادا إلى الأسباب التى أوردها قد خلص إلى أن التصرفات الصادرة منه إلى أولاده وأحفاده لها ما يبررها سواء أكانت هذه التصرفات تبرعا أو بيعا بأقل من ثمن المثل، فإنه لايكون فى حاجة بعد ذلك إلى التعرض لحكم الغبن فى البيع أو إيثار المتصرف أحد أولاده عن الآخر " .

(طعن رقم ٢ لسنة ٢٥ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٥٥/٤/٧)

٣- " السفه والغفلة بوجه عام يشتركان فى معنى واحد هو ضعف بعض الملكات الضابطة فى النفس إلا أن الصفة المميزة للسفه هى أنها تعترى الانسان فتحمله على تبذير المال وإنفاقه على خلاف مقتضى العقل والشرع. أما الغفلة فإنها تعتبرصورة من صور ضعف بعض الملكات النفسية ترد على حسن الإدارة والتقدير. فإذا

كـــان الحكم قد قضى بتأييد قرار رفض طلب الحجر لهذين السببين قـــد أقـــام قضاءه على ما استخلصه هو والحكم الابتدائى بالأسباب السـائغة الـــتى أوردها من أن تصرفات المطلوب الحجر عليه إلى ولـــده وأحفاده لها ما يبررها وتدل على تقدير وإدراك لما تصرف فيه ولاتنبئ عن سفه أو غفلة فإن الحكم لايكون قد أخطأ فى تطبيق القانون أو تأويله ".

(طعن رقم ٥ لسنة ٢٧ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٥٨/٥/١٥)

مـــادة (٤٧)

يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصـــاية أو القوامـــة بالشـــروط ووفقـــا للقواعد المقررة فى القانون.

الشـــرح

٣٢ـ أحكام الولاية على المـال :

تـــنص المـــادة على أن يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها لأحكام الولايـــة أو الوصاية أو القوامة بالشروط ووفقا للقواعد المقررة فى القانون .

والقـــانون الـــذى يحكم الولاية على المال الآن ، هو المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال .

وهـــذا المرســـوم بقـــانون يشتمل على ثلاثة أبواب : الأول فى "القصـــر" والـــثانى فى " فى الحجر والمساعدة القضائية والغيبة " والثالث فى " أحكام عامة ".

ونحـــيل فـــى دراســـة أحكام هذا القانون إلى مؤلفات الأحوال الشخصية للولاية على المال . **ونكتفى هنا بالإشارة إلى ما يأتى:**

١- أن الولاية على القاصر تكون للأب ثم للجد الصحيح (الجد لأب) إذا لـــم يكـــن الأب قد اختار وصيا للولاية على مال القاصر وعليه القيام بها ولايجوز له أن يتنحى عنها إلا بإذن المحكمة (م١).

وهـــذه الولاية تثبت بقوة القانون ولاتحتاج إلى قرار يصدر بها من محكمة الأسرة .

٢- أنـــه إذا لـــم يكـــن للقاصر ولى (أب أو جد صحيح) فإن المحكمـــة تعيـــن له وصيا . إذا لم يكن الأب قد عين وصيا مختارا لولـــده القاصـــر أو للحمل المستكن، أو إذا لم يكن المتبرع قد عين وصـــيا مختارا إذا اشترط عدم دخول المال المتبرع به فى الولاية. ويشـــترط لاختـــيار الوصـــى المختار فى هاتين الحالتين أن يثبت الاختيار بورقة رسمية أوعرفية مصدق على توقيع الأب أو المتبرع فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه .

ويجـــوز للأب والمتبرع فى أى وقت أن يعدلا عن اختيارهما. وتعرض الوصاية على المحكمة لتثبيتها (م٢٨) .

٣- إذا لـــم يكن للقاصر أو للحمل المستكن وصى مختار تعين المحكمة وصيا ويبقى وصى الحمل المستكن وصيا على المولود ما لم تعين المحكمة غيره (م٢٩) .

٤- يجوز عند الضرورة تعيين أكثر من وصى واحد وفى هذه الحالـــة لايجـــوز لأحدهـــم الانفراد إلا إذا كانت المحكمة قد بينت اختصاصـــا لكل منهم فى قرار تعيينه أو فى قرار لاحق ومع ذلك لكـــل مـــن الأوصياء اتخاذ الإجراءات الضرورية أو المستعجلة أو المتمخضة لنفع القاصر .

وعـــند الاختلاف بين الأوصياء برفع الأمر إلى المحكمة لتأمر بما يتبع (م٣٠) .

٥- تقيم المحكمة وصيا خاصا تحدد مهمته ، وذلك فى الأحوال الآتية :

(أ)- إذا تعارضــت مصــلحة القاصـــر مع مصلحة الولى أو مصلحة قاصر آخر مشمول بولايته .

(ب)- إذا تعارضــت مصــلحة القاصر مع مصلحة الوصى أو زوجه أو أحد أصوله أو فروعه أو مع من يمثله الوصى .

(ج)- إبــرام عقــد من عقود المعاوضة أو تعديله أو فسخه أو إبطالـــه أو إلغاؤه بين القاصر وبين الوصى أو أحد من المذكورين فى البند (ب) .

(د)- إذا آل إلى القاصر مال بطريق التبرع وشرط المتبرع ألا يتولى الولى إدارة المال .

(هــــ)- إذا استلزمت الظــروف دراية خاصة لأداء بعض الأعمال.

(و)-إذا كـــان الولى غير أهـــل لمباشرة حق من حقوق الولايـــة (م٣١) .

٦- تقــيم المحكمة وصيا مؤقتا إذا حكم بوقف الولاية ولم يكن للقاصـــر ولـــى آخــر ، وكذلك إذا وقف الوصى أو حالت ظروف مؤقتة دون أدائه لواجباته (م٣٢) .

٧- يجوز للمحكمة أن تقيم وصى خصومة ولو لم يكن للقاصر مال (م٣٣) .

وتسرى على الوصى الخاص والوصى المؤقت ووصى الخصومة أحكام الوصاية الواردة فى هذا القانون مع مراعاة ما تقضيه طبيعة مهمة كل منهم (٣٤٣) .

٨- تنتهى مهمة الوصى الخاص والوصى المؤقت بانتهاء العمل الذى أقيم لمباشرته أو الـ دة التى اقتضت بها تعيينه (م٣٥) .

٩- تكــون القوامة للإبن البالغ ثم للأب ثم للجد ثم لمن تختاره المحكمة (م٦٨).

مـــادة (٤٨)

ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها .

الشــــرح

٣٣ـ لايجوز النزول عن الأهلية ولا التعديل فى أحكامها :

القواعد المنظمة لأهلية الوجوب وأهلية الأداء جميعها من النظام العام لأنها تؤثر تأثيرا بالغا فى حياة الشخص القانونية والاجتماعية. وذلـــك سواء من حيث تحديد من يعتبر كامل الأهلية أو ناقصها أو عديمها أو من حيث تحديد حكم تصرفات ناقصى الأهلية وعديميها ، أو مـــن حيـــث تحديـــد ســـلطة الأولـــياء على مال ناقصى الأهلية وعديمـــيها[(١)] . ولذلك نصت المادة على أنه ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها .

ومـــن ثـــم إذا تـــنازل شخص عن أهليته لاكتساب الحقوق أو لمباشـــرتها كلها أو بعضها كان هذا التنازل باطلا بطلانا مطلقا [(٢)]، وتتصدى له المحكمة من تلقاء نفسها .

وإذا اتفـــق ناقص الأهلية فى عقد أبرمه مع آخر على أنه كامل الأهلـــية ، أو اتفـــق كامل الأهلية فى عقد أبرمه مع آخر على أنه نـــاقص الأهلية ، كان الاتفاق باطلا ، أما العقد ذاته فيظل صحيحا خاضعا لأحكام الأهلية التى أوردها القانون .

---

(١) الدكتور عبد المنعم البدراوى ص ١٤١ – عبد الفتاح عبد الباقى ص٧٨.
(٢) عبد المنعم الصده ص ١١٥

وكذلــك إذا بــاع قاصر عقارا وتعهد للمشترى بعدم المطالبة بإبطال هذا البيع بعد بلوغه الرشد كان هذا التعهد باطلا[١] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" حمــى المشــروع الشخص ضد نفسه بأن حرم عليه أن ينزل عــن أهلــية الوجوب أو أهلية الأداء فإن قواعد هذين النوعين من الأهلية تعتبر من النظام العام لاتجوز مخالفتها أو تعديلها... الخ"[٢].

---

(١) المستشار مصطفى مجدى هرجه الأشخاص والأموال فى القانون المدنى ص ١٣٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ٣٦٣ .

مـادة (٤٩)

ليس لأحد النزول عن حريته الشخصية .

الشـرح

٣٤ـ عدم جواز النزول عن الحرية الشخصية :

الحرية الشخصية من الحقوق العامة التى تثبت لكل شخص بوصفه إنسانا حتى يستطيع أن يؤدى مهمته ، ولايستطيع المشرع بالتالى أن يحرم الإنسان منها ، وهذه الحقوق التى من أجلها أصدرت الأمم المتحدة الإعلان العالمى لحقوق الإنسان فى ١١ من شهر ديسمبر ١٩٤٨ .

ومثل هذه الحرية الشخصية حرية الانتقال وحرية العمل وحرية التعاقد وحرية العقيدة الدينية والسياسية والفكرية (١).

وهذه الحرية الشخصية من النظام العام ، فلا يجوز للشخص أن ينزل عنها ولا أن يقيدها إلا بالقدر الذى لايتعارض مع النظام العام والآداب فلا يجوز للشخص مثلا أن يقيد حريته فى العمل بأن يتعهد بألا يباشر حرفة معينة طوال حياته . أو يتعهد بألا يفتح محلا تجاريا فى بلد معين طول حياته . ويعتبر تطبيقا لنفس الفكرة ما نص عليه المشرع فى المادة ٢/٦٧٨ مدنى من أنه : " إذا كان عقد العمل لمدة حياة العامل أو رب العمل أو لأكثر من خمس سنوات ،

---

(١) محمد حسام لطفى ص ٢٩ – حسام الدين الأهوانى ص ١٨٨ ومابعدها.

ويترتب على التنازل عن الحرية الشخصية بطـلان هـذا التنـازل بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" .. وكالأهلية ، الحرية الشخصية ، فلا يجوز لشخص أن ينزل عن حريته ولا أن يقيدها إلا بالقدر الذى لايتعارض مع النظام العام والآداب فليس له أن يلتزم التزاما أبديا ولا أن يقيد حريته فى العمل كأن يتعهد بألا يباشر حرفة معينة طوال حياته " (١).

وإذا كان لايجوز النزول عن الحرية الشخصية أو تقييدها فـإن ذلك لايجوز بالنسبة للحق . فالحرية مسألة يتسـاوى فيهـا الكافـة ولاترد على شئ معين بذاته يخص شخصا بذاته ، خلافا للحـق ، فيرد على شئ معين بذاته يخص شخصا بذاته ، فمباشرة التجـارة، مسألة لاترد على شئ معين ولاتخص شـخص معـين ، فتتصـل بالحرية الشخصية ، أما مباشرة نوع معين منها ، فإنه يرد على هذا النوع ويخص شخصا بذاته ، ومن ثم يتصل بالحق مما يجوز معـه الاتفاق على النزول عنه ، ويكون الاتفاق صحيحا (٢).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ٣٦٣ .

(٢) المستشار أنور طلبه الجزء الثانى ص ٥٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إن ضــمان الــبائع المترتب على بيع المتجر يلزم البائع بعدم الــتعرض للمشــترى فى انتفاعه بالمتجر وبالامتناع عن كل عمل يكون من شأنه الانتقاص من هذا الانتفاع مما يتفرع عنه أن الالتزام بعــدم المنافسة فى شتى صوره ومنها حظر التعامل مع العملاء - لايكــون بــاطلا إلا إذا تضمن تحريم الاتجار كلية على البائع لأنه يكون فى هذه الحالة مخالفا لمبدأ حرية التجارة وحرية العمل وهما مــن الــنظام العام . أما إذا كان الشرط محددا من حيث الموضوع ومن حيث الزمان أو المكان وكان التحديد معقولا وهو ما يدخل فى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع فإنه يكون صحيحا " .

(طعن رقم ٣٨٧ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٦/٧)

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

" إن الدســتور قــد حرص - فى سبيل الحريات العامة - على كفالــة الحــرية الشخصية لاتصالها بكيان الفرد منذ وجوده فأكدت المــادة ٤١ مــن الدستور على أن " الحرية الشخصية حق طبيعى وهــى مصونة لاتمس " كما نصت المادة ٤٤ من الدستور على أن "للمســاكن حــرمة " ثم قضت الفقرة الأولى من المادة ٤٥ منه بأن "لحــياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون " غير أن الدستور لــم يكتف فى تقدير هذه الحماية الدستورية بإيراد ذلك فى عبارات عامة كما كانت تفعل الدساتير السابقة التى كانت تقرر كفالة الحرية

الشخصـــية وما تفرع عنها من حق الأمن وعدم القبض أو الاعتقال وحـــرمة المـــنازل وعـــدم جواز دخولها أو مراقبتها (المواد ٨ من دستور سنة ١٩٢٣ ، ٤١ من دستور سنة ١٩٥٦ ، ٢٣ من دستور ســنة ١٩٦٤) تاركة للمشرع العادى السلطة الكاملة دون قيود فى تنظيم هذه الحريات ، ولكن أتى دستور سنة ١٩٧١ بقواعد أساسية تقـــرر ضمانات عديدة لحماية الحرية الشخصية ومايتفرع عنها من حـــريات وحرمات ورفعها إلى مرتبة القواعد الدستورية – ضمنها المـــواد مـــن ٤١ إلى ٤٥ منه – حيث لايجوز للمشرع العادى أن يخـــالف تلك القواعد ما تضمنته من كفالة لصون تلك الحريات وإلا جاء عمله مخالفا للشرعية الدستورية " .

(القضية رقم ٥ لسنة ٤ القضائية "دستورية" جلسة ١٩٨٤/٦/٢)

٣٥ـ أمثلة لعدم النزول عن الحرية الشخصية أو تقييدها من قضاء المحكمة الإدارية العليا :

(أ) الحرية البدنية :

١– " لاجـــدال فى أن التنظيم الذى تجريه الجهات الرئيسية بين موظفـــيها فـــى أســـلوب حياتهم الوظيفية وتخضعهم لحكمه بأوامر تصـــدرها بجميع عناصر الأمر الإدارى وخصائصه لما يردهم إليه مـــن أوضاع يلتزمونها ويكون النكول عنها مخالفة تملك عليهم فيها الجزاء " .

٢- " إن الحـــرية الشخصية هى ملاك الحياة الإنسانية كلها لا تخلفها الشرائع . بل تنظمها ولا توجدها القوانين بل توفق بين شتى مناحيها ومختلف توجيهاتها تحقيقا للخير المشترك للجماعة ورعاية للصـــالح العـــام ، فهى لاتتقبل من القيود إلا ما كان هادفا إلى هذه الغاية مستوحيا تلك الأغراض " .

٣- " لانـــزاع فـــى أن تصرف الحكمدار بإصداره أمراً بحلق شـــارب المدعـــى ينطوى على اعتداء صارخ على حرية المدعى الشخصية وليس له أدنى مسوغ أو مبرر- أما ما تتمحل له الحكومة مـــن أن المدعـــى اتصـــل بالصحف وسمح لها بالتقاط صورته فى أوضـــاع مختلفة مما يتنافى مع الاحترام ويخل بالكرامة العسكرية فســـبيله إن كـــان له وجه المسائلة والحساب لا اتخاذ هذه الإجراء العـــاتى الـــذى اتخـــذ ، كذلك ما تثيره من أن المدعى هو الذى نفذ الأمر طواعية واختياراً، من جهة تأباه ظروف الحال وتنكره ، ومن جهـــة أخرى فهو حتى لو صح لاينفى عن الأمر بطلانه وما يوصم به من جور وعدوان ".

ق . أ ٢١٧ -٤ (١٩٥١/٣/٨) ٦٩٩/١٦٤/٥.

(ب) تفتيش وقبض وحبس غير قانونى :

١- " إن المحكمـــة تـــرى فى تعيين المدعى بشخصيته واسمه واتجـــاه البولـــيس إلـــى مســـكنه ليلا وإجراء تفتيشه والقبض على المدعى وحده دون أفراد عائلته واعتقاله مدة ثلاثة أيام - وقولها إن

ذلك قد تم على أساس أن المدعى شرير يقبض عليه فى المناسبات التى تراها إدارة الأمن العام وأنها قبضت عليه على هذا الاعتبار إلى أن انتهت المناسبة فأفرجت عنه - ترى فى كل ذلك ما يفيد صدور أمر إدارى بالقبض على المدعى عبرت، فيه الإدارة عن قصدها وغرضها ونفذته باعتبارها ذات وظيفة وأن القبض والاعتقال فى حد ذاته وإن كان من الأفعال المادية فإنه لم يكن إلا نتيجة لأمر إدارى هو الذى وجه البوليس إلى هذا التصرف.

٢- " إن الأمر الذى صدر ضد المدعى وتنفذ باقتحام منزله وتفتيشه والقبض عليه وحبسه ثلاثة أيام بغرفة الحجز بقسم عابدين بحجة أن المحافظة على الأمن العام فى بعض المناسبات السياسية وغيرها يبرر اعتقال بعض الأفراد الذين قد يستغلون إطلاق حريتهم فى ارتكاب حوادث تضر بالصالح العام ، قد وقع مخالفا للقانون لتعارضه مع الدستور فيما قضى به من أن حرية المصريين الشخصية مكفولة وبأنه لايجوز القبض على أى إنسان ولاحبسه إلا وفق أحكام القانون وأنه لايجوز أن يلزم مصرى بالإقامة فى مكان معين إلا فى الأحوال المبينة بالقانون وبأن للمنازل حرمة فلا يجوز دخولها إلا فى الأحوال المبينة بالقانون وبالكيفية المنصوص عليها فيه وبأن المصريين لدى القانون سواء وأنهم متساوون فى التمتع بالحقوق المدنية والسياسية وفيما عليهم من الواجبات والتكاليف العامة" .

ق. أ ٤٣٨ -٤ (١٩٥١/٤/١٧) ٨٧٨/٢١٨/٥ .

(ج) حرية الإقامة وعدم جواز الإبعاد :

" إن الفقـــرة السادســـة من القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٢٣ بنظام الأحكام العرفية تنص على جواز الأمر بإبعاد الأشخاص المولودين أو المتوطنيـــن فى غير الجهة التى يقيمون فيها إلى مقر ولادتهم أو توطـــنهم إذا لـــم يوجد ما يبرر مقامهم فى تلك الجهة أو الأمر بأن يكـــون بـــيدهم تذاكر لإثبات شخصيتهم أو للإذن بالإقامة ويبين من اســـتقراء هـــذا النص أن الأمر بإعادة الشخص إلى مقر ولادته أو توطـــنه مشروط بأن لايوجد ما يبرر إقامته فى الجهة المراد إبعاده مـــنها بغض النظر عما إذا كان هناك شبهات تثار حوله من تزعمه لفريق من أبناء موطنه الأصلى أو ظنون تقوم حول مسلكه مستقبلا مـــن الأخذ بالثأر أو الانتقام ممن كانوا سببا فى إيذائه إذ أن القانون العام يهيمن على هذه الحالات حتى إذا ما خرج عن نواهيه وارتكب جـــرما مـــا أو اقترف إثما جوزى تحت سلطانه وعوقب بمقتضى أحكامـــه علـــى أن الأصل هو إباحة الإقامة لكل مصرى فى الجهة الـــتى يجـــد فـــيها موئلا ولعيشه متسعا ولنشاطه مكانا فإذا ما قيد الشـــارع هذه الإباحة لسبب من الأسباب كان عليه أن يلزم قيودها ولايخرج عن حدودها المرسومة وإلا كان فى ذلك تحيفا منه للحرية الشخصية التى كفلها الدستور ".

ق . أ ١٧٤٧ – ٦ (١٩٥٣/٣/١٦) ٦٨٠/٤٠٧/٧.

(د) حـريـة التنقل :

١- " إن الحــرية الشخصــية حــق مقرر لايجوز الحد منه أو انتقاصـــه إلا لمصــلحة عامة فى حدود القوانين واللوائح ودون ما تعســف أو انحــراف فى استعمال السلطة وقد كفلتها دساتير العالم أجمع وقررت لها من الضمانات ما تسمو به من المآرب الشخصية وتــنأى بهـــا عن الهوى وتكفل لأبناء البلاد جميعا تمتعهم بحقوقهم الفــردية وهـــى لا تتقــبل من القيود إلا ما كان يهدف منها للخير المشترك للكافة ورعاية الصالح العام " .

٢- " إن حـــق التــنقل وهــو فرع من الحرية الشخصية للفرد لايجــوز مصادرته ، دون علة ولا مناهضته دون مسوغ أو تقييده بلا مقتض والمدعى سبق أن صرح له بالسفر خارج القطر لأعماله الــتجارية مرتيــن ولا خطـــر من مغادرته البلاد على أمن الدولة وســـلامتها وقـــد وافقت إدارة الأمن العام على التصريح له بتجديد جواز سفره طبقا للبيان الذى أدلى به النائب عن الحكومة ولهذا فما كان هناك مبرر لتقييد حريته الشخصية والامتناع عن تسليمه جوازه ومـــن ثـــم تكون الدعوى على أساس سليم من القانون متعينا الحكم بطلبات المدعى فيها " .

ق . أ ١٤٧٤ – ٥ (١٩٥٣/١/١٢) ٣٠٢/١٩٠/٧

٣- " إذا كان القرار الصادر بمنع المدعى من السفر كان مبناه شبهات قامت ضده فى أنه يعمل على تهريب الذهب إلى الخارج وفى أنه يتجر بالعملة فى السوق السوداء ولم تبلغ أدلة الثبوت حدا يستدعى ابلاغ الأمر إلى النيابة للتحقيق معه ، وهذه الشبهات مهما بلغ نصيبها من القوة فى اعتبار الإدارة ومهما كان لها ما يبررها فى مثل حالة المدعى بسبب كثرة أسفاره إلى الخارج بغير مقتض مقبول فإن هذه الشبهات لايمكن أن ترقى إلى مرتبة حكم قضائى ، ولايمكن أن تكون فى قوة تحقيق تجريه النيابة ولم يتم التصرف فيه حتى يصح منعه من السفر بسبب ذلك ، ومع ذلك فإنه إذا صدر حكم قضائى ضد المدعى وتم تنفيذه فإنه ما كان يجوز منعه بعد ذلك من السفر إذا ما طلب. ومتى كان الأمر كذلك فإن القرار الصادر بسحب جواز السفر من المدعى ومنعه من السفر إلى الخارج يكون قد صدر بالمخالفة لأحكام القانون ومن ثم يتعين إلغاؤه ".

ق . أ . ٦٥٧-٦ (١٩٥٣/٦/٩) ١٥١٥/٧٦٣/٧

(هـ) حرية السفر :

" إن رد الاعتبار يترتب عليه محو الحكم القاضى بالإدانة بالنسبة للمستقبل، وزوال كل ما يترتب عليه من انعدام الأهلية والحرمان من الحقوق وسائر الآثار الجنائية (م٥٥٢ من قانون الإجراءات)، فمن باب أولى لايصح الاستناد إلى حكم الإدانة هذا – فى تقييد حرية من الحريات ، وهى حرية الذهاب والإياب– برد الاعتبار ، وإلا

كان معنى ذلك طرح حجية حكم رد الاعتبار، وإهدار دلالته على استقامة المدعى وإصلاح حاله، فمتى كان الثابت أنه قضى برد الاعتبار للمدعى من الحكم بحبسه لمدة خمس سنوات لجلبه مواد مخدرة إلى القطر المصرى، فإن السبب الذى استندت إليه الإدارة فى منعه من السفر ، يكون قد انهار " .

ق . أ . ٨٧ -٩ (١٩٥٦/٧/٣) ٣٩٢/٣٨٠/١٠

(و) الحق فى الأمن والامان :

" من المقرر أن كل قرار إدارى يجب أن يقوم على سبب يبرر إصداره ويدفع الجهة الإدارية إلى التدخل والعمل. وهذا الشرط أكثر لزوما بالنسبة للقرارات التى تمس الحريات الشخصية، ويتمثل ركن السبب فيها فى أن يكون حقيقيا لا وهميا ولا صوريا ، وصحيحا مستخلصا استخلاصا سائغا من أصول ثابتة ومنتجة ، وقانونية بأن يتحقق فيه الشروط والصفات الواجب توافرها فيه قانونا، وجهة الإدارة وإن جاز لها فى الظروف الاستثنائية أن تتخذ من التدابير السريعة ما من شأنه المساس بتلك الحريات على وجه لايجوز لها مباشرته فى الظروف العادية إلا أن التصرف أو التدبير الذى تتخذه فى هذا الشأن يلزم أن يكون ضروريا لمواجهة حالات معينة من دفع خطر جسيم يهدد الأمن والنظام باعتبار هذا التصرف أو التدبير هو الوسيلة الوحيدة لمنع هذا الخطر .

فإذا كان ما استندت إليه جهة الإدارة من نعت المدعى بالخطورة على الأمن وسوء السيرة والسمعة لايستند إلى أساس

ثابت لذلك فإن القرار المطعون فيه والقاضى بالقبض على المدعى وحجـــزه فـــى مكان أمين لايستند على سبب صحيح ومن ثم يتعين الحكم بإلغائه " .

(ق. أ – ٥ (١٩٥٢/٦/١٨) ١٢١٠/٥٢٧/٦

ز) التدابير التى تتخذ فى حالة الطوارئ :

"نظام الأحكام العرفية (نظام الطوارئ) وإن كان نظاما استثنائيا إلا أنـــه ليس نظاما مطلقا فقد أرسى الدستور أساسه وأبان القانون حدوده وضوابطه ومن ثم يخضع لمبدأ سيادة القانون- رقابة القضاء هـــى وحدهـــا دون غيرها الرقابة الفعالة التى تكفل للناس حقوقهم الطبيعـــية وتؤمن لهم حرياتهم العامة وتفرض للقانون سيادته- لئن ســـاغ القول بأن قرار إعلان حالة الطوارئ من أعمال السيادة التى تصـــدر من الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة بحسبانه من الإجراءات العليا التى تتخذ فى سبيل الدفاع عن كيان الدولة أو اســـتتباب الأمن أو النظام العام بها إلا أن التدابير التى يتخذها القائم علـــى إجراء النظام العرفى تنفيذاً لذلك سواء كانت تدابير فردية أو تنظمـــيم يتعين أن تتخذ فى حدود القانون ولاتنأى عن رقابة القضاء أساس ذلك : أن هذه التدابير لاتجاوز دائرة القرارات الإدارية التى تخضع للاختصاص القضائى لمجلس الدولة – تطبيق " .

طعن رقم ١٤٣٩ – ٣١ (١٩٨٩/٦/٢٥) ١٢٠٨/١٧٧/٣٤

مـــادة (٥٠)

لكــل من وقع عليه اعتداء غير مشروع فى حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر .

الشـــــرح

٣٦ـ وقــف الاعــتداء غـير المشـروع على الحقوق الملازمة للشخصيــة :

الحقـــوق الملازمـــة للشخصـــية ، هى الحقوق التى لاتنفك عن الشخصية كحريته وسلامة جسمه وسمعته الأدبية وحرمة موطنه.

وهـــذه الحقـــوق لايجوز التعدى عليها ، وإذا حصل هذا التعدى كـــان للشخص أن يرفع دعواه بمنعه . فالاتفاقات التى تعقد للمساس بجسم الإنسان لاتصح إلا إذا كان الغرض منها الاحتفاظ بالجسم فى حالـــة جـــيدة أو تحسين هذه الحالة ، كالاتفاق على عملية جراحية لعلاج مرض أو للتجميل، أما إذا كانت لغير ذلك فإنها تكون باطلة.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وحمـــى المشروع الشخص ضد الغير إذا تعدى على أى حق مـــن الحقـــوق الملازمة لشخصيته كالتعدى على حرية الشخص أو سلامة جسمه أو سمعته الأدبية أو حرمة موطنه . فإذا وقع تعد من

الغــير على شئ من ذلك كان للشخص أن يطلب وقف هذا التعدى والتعويض عن الضرر " [١].

٣٧ـ التعويض عما يلحق الشخص من ضرر :

لايقــف حــق مــن وقع عليه اعتداء غير مشروع فى حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء ، بل له أن يطالب بالتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر .

وتكون أساس المطالبة بالتعويض المسئولية التقصيرية المنصوص علــيها بالمــادة ١٦٣ مدنى ، باعتبار أن هذا التعدى يمثل عنصر الخطأ فى هذه المسئولية .

هــذا فضــلا عما قد ينص عليه القانون من عقوبة جنائية توقع على المعتدى .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ١ ص ٣٦٣ .

مـــادة (٥١)

لكـــل من نازعه الغير فى استعمال اسمه بلا مبرر ومن انتحل الغـــير اســـمه دون حق أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر " .

الشـــرح

٣٨ـ المنازعة فى استعمال الاسم وانتحال الاسم :

اعتبر المشرع المصرى الاسم من الحقوق اللصيقة بالشخصية. ويترتـــب علـــى ذلـــك أن الاسم يستوجب الحماية بمجرد وقوع أى اعتداء عليه دون حاجة إلى إثبات ضرر معين نتيجة هذا الاعتداء. فمجـــرد الاعتداء على أى حق من الحقوق وعلى وجه الخصوص الحقوق اللصيقة بالشخصية يجب أن يستثير الحماية القانونية ويكون ذلـــك بوقـــف ودرء أى نوع من أنواع الاعتداء دون حاجة لإثبات حدوث ضرر معين نتيجة ذلك الاعتداء(١).

والاعـــتداء علـــى الاســـم قد يتخذ إحدى صورتين: المنازعة فى الاسم، وانتحال الاسم، ونعرض لهاتين الصورتين تفصيلا فيما يلى:

(أ) المنازعة فى الاسم :

المقصود بالمنازعة فى الاسم اعتراض الغير دون مبرر على حق الشخص فى التسمى بالاسم الذى يحمله وفى استعماله بالتالى .

---

(١) حسن كيره ص ٥٥١ – حسام الدين الأهوانى ص ١٠٣ .

وقـد تـأخذ المنازعة مجرد إشاعة عدم الأحقية فى الاسم بين الناس . وسواء اتخذ المعتدى من القول أو الفعل وسيلة لتحقيق هذا الاعتداء ، فإنه يعد مسئولا عما بدر منه فى مواجهة صاحب الحق فـى الاسم ، ويستوى فى ذلك أن يكون المعتدى سئ النية أو حسن النية ، فالعبرة بوقوع الاعتداء [١].

(ب) انتحال الاسم :

يقصـد بانتحال الاسم تسمى الغير باسم شخص معين واستعماله دون أن يكون له هذا الاسم فى الأصل .

ولذلك يخرج من صور الانتحال تشابه الأسماء وتطابقها تطابقا تاما ، فكل شخص يحمل مثل هذا الاسم المتشابه المشترك ويستعمله إنمـا يكون مستعملا اسمه هو وبمقتضى حقه فيه ، فلا يعد منتحلا اسم الغير المطابق له حتى يملك هذا الغير منعه من استعماله ، بل كـل مـا يملكه – إذا أراد توقى الخلط – أن يضيف إلى اسمه ما يميزه عن سميه . ولكن إذا كان هذا الأخير يستعمل تطابق الاسمين بمـا يعـود بالضـرر المـادى أو المعـنوى على الأول ، فيكون للمضرور المطالبة بالتعويض وفق قواعد المسئولية التقصيرية [٢]،

---

(١) محمد حسام الدين لطفى ص ١١١ .

(٢) حسن كيره ص ٥٥٠ هامش (٢) – حسام الدين الأهوانى ص ١٠٢.

إذ نكــون فــيهــذه الصورة بصدد انتحال الشخصية وليس بصدد انتحال الاسم[١].

وإطلاق اسم شخصعلى حيوان أو على شخصية هزلية لايعتبر انــتحالا للاسم لأننا لا نكون بصدد انتحال إنسان لاسم إنسان غيره. علـــى أنـــه يلاحظ أن ذلك قد يكون من شأنه الاعتداء على شرف الشـــخص وسمعته مما يخوله حقا فى التعويض طبقا للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية [٢].

٣٩ـ طلب وقف الاعتداء على الاسم والتعويض عن الضرر :

لمــن وقـــع اعتداء على اسمه ، أن يطلب وقف الاعتداء على اســمه. ولايشـــترط لوقـــف الاعـــتداء إثبات حدوث ضرر نتيجة الاعـــتداء. فمجـــرد الاعـــتداء يخول الحق فى طلب وقف الاعتداء ودرئـــه طالمـــا توافرت له مصلحة فى ذلك . وليس هذا إلا تطبيق للقاعدة العامة لا دعوى بدون مصلحة .

كما يكون لمن وقع اعتداء على اسمه الحق فى طلب التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر.

ويشـــترط للحصـــول علـــى التعويض أولا : أن يثبت من وقع الاعـــتداء علـــى اسمه وقوع خطأ أو إهمال من جانب المعتدى –

---

(١) حسام الدين الأهوانى ص ١٠٢ – عبد الفتاح عبد الباقى ص ٧٢ .

(٢) محمد حسام لطفى ص ١١٢ .

ويعتبر الشخص مخطئا إذا كان قد قام باستعمال اسم الغير دون أن يتأكد إذا ما كان من شأن ذلك وقوع خنط مع اسم آخر للغير. **ثانيا:** يجب أن يثبت حدوث ضرر حقيقى ناتج من الخلط بين اسمه واسم المنتحل . وباختصار فإن الحق فى التعويض يخضع للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية .

وتلك الحماية القانونية تنطبق على الاسم الحقيقى من اسم ولقب وعلى اسم الشهرة وعلى الاسم المستعار أيضا .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ... ويعتبر تعديا يستوجب الوقف والتعويض أن يتعدى الغير على اسم الشخص فينازعه فى استعماله دون مبرر أو أن ينتحل هذا الاسم على نحو يلحق الضرر بصاحبه. وقد يتحول الاسم الشخصى إلى اسم تجارى له قيمة مالية وهذا أيضا يحميه القانون"(١).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ٣٦٣ .

٢ـ الشخص الاعتبارى

مـــادة (٥٢)

الأشخاص الاعتبارية هى :

١- الدولـــة وكذلـــك المديريات والمدن والقرى بالشروط التى يحددهـــا القـــانون ، والإدارات والمصـــالح وغيرها من المنشآت العامة التى يمنحها القانون شخصية اعتبارية .

٢- الهيـــئات والطوائـــف الدينـــية الـــتى تعـــترف لها الدولة بشخصية اعتبارية .

٣- الأوقاف .

٤- الشركات التجارية والمدنية .

٥- الجمعـــيات والمؤسسات المنشأة وفقا للأحكام التى ستأتى فيما بعد .

٦- كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص فى القانون .

الشـــــرح

٤٠ـ مذكرة المشروع التمهيدى :

نظـرة عامــة :

"لايتضمن التشريع المصرى أحكاما تتعلق بالأشخاص المعنوية، فيماخلاإشارة عابرة وردت فى نصوص الدستور، وتطبيقات جزئية

تضـــمن أهمهـــا تقنين التجارة والقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٤٤ بشأن جمعـــيات الـــتعاون والقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٤٥ الخاص بتنظيم الجمعيات الخيرية والمؤسسات الاجتماعية والتبرع لوجوه البر.

علـــى أن هـــذا النقص لم يحل دون تكوين جمعيات متعددة فى مصـــر أظلـــت الحكومة بعضها برعايتها من طريق إقرار نظمها الأساسية بمراسيم ، وأعانت بعضا منها بالمال ، وأسدت إلى بعض آخـــر مساعدات شتى . وقد جرى القضاء المصرى منذ عهد بعيد على الاعتراف بالشخصية المعنوية لكل جمعية منظمة لاتبتغى من نشاطها إلا الحصول على ربح . ولذلك رؤى أن من الأنسب وضع قواعد عامة فى المشروع تكون بمثابة دستور للجمعيات . ولاسيما أن التقنيـــنات الحديـــثة تتضمن نصوصا عامة فى شأن الأشخاص الاعتـــبارية، وبوجـــه خـــاص ، فى شأن الجمعيات والمؤسسات . فالقانون المدنى الألمانى يفرد لها زهاء٧٠ مادة (المادة ٢١ إلى٨٩) والقـــانون السويسرى يقف عليها ما يقرب من أربعين مادة (المادة ٥٢ إلـــى ٨٩) والتقنين المدنى الإيطالى الجديد يخصها بثلاثين مادة (المـــادة ١١ إلى ٤٠) . ويراعى أن الدول التى لم تشتمل تقنيناتها المدنية على أحكام مماثلة، لم تترك هذه الثغرة شاغرة، بل تداركتها مـــن طـــريق إصـــدار تشريعات خاصة ، فمن هذا القبيل التشريع الفرنســـى الصـــادر فى أول يوليو سنة ١٩٠١ فى شأن الجمعيات،

والتشـــريع البلجـــيكى الصادر فى ٢٧ يونيو سنة ١٩٢١ فى شأن الجمعيات والمؤسسات .

وقـــد عـــنى المشروع بإيراد بعض أحكام عامة فى الأشخاص المعـــنوية عقـــب علـــيها بتفصيل الأحكام الخاصة بالجمعيات التى لاتبـــتغى تحصيل الربح والمؤسسات . والواقع أن البلاد تحس منذ عهـــد بعـــيد بضرورة وضع نظام تشريعى للجمعيات بعد أن ازداد عددهـــا واتسع نطاق ما يملك بعضها من أموال، ولذلك أصبح من المتعيـــن إبـــراز سماتها العامة وتعيين حقوقها والتزاماتها فى نظام يجـــب علـــيها أن تأتمر به إن أرادت أن تتمتع بكيان يقره القانون. وغـــنى عن البيان أن مثل هذا النظام سيقرن فى المشروع بأحكام وقتية تتناول مركز الجمعيات القائمة وتتيح لها فرصة إدخال ما يلزم من التعديلات على نظمها الأساسية .

وقـــد اقتصر المشروع على إيراد قواعد عامة ترسم للجمعيات والمؤسســـات الحـــدود التى ينطلق فيها نشاطها لتحقيق أغراضها . فعـــرض لتكويـــنها ووضـــع مـــن الأحكام ما يكفل صيانة حقوق الأعضاء وحقوق الغير، من طريق ضبط المسائل الخاصة بمسئولية الجمعـــيات ، وإباحة الالتجاء إلى القضاء لحمل الجمعية على التزام الحـــدود المشروعة فى نشاطها ، ووضع إجراءات لشهرها . على أن هـــذا لايعـــنى أن القواعد المتقدم ذكرها تستنفد نظام الجمعيات

بأسره، أو تعتبر دستوراً جامعاً مانعاً ، فللدولة توخيا لحماية السلام الاجتماعى من شوكة بعض الجمعيات أو رعاية لأغراض اقتصادية أن تنظم وجود الجمعيات بصورة أكثر تفصيلا، وأن تحد من الأهلية الـتى يخولهـا إياهـا هذا المشروع، وهذا كان بمقتضى تشريعات خاصة لها صبغتها الإدارية أو الاقتصادية أو الاجتماعية . والقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٤٥ الخاص بتنظيم الجمعيات الخيرية والمؤسسات الاجتماعية ليس بالمثال الوحيد الذى يمكن أن يساق فى هذا الصدد.

ويتكون هذا الفرع من مقدمة جمعت فيها أحكام عامة للأشخاص المعنوية، ومن أقسام ثلاثة: أفرد أولها للجمعيات والثانى للمؤسسات والثالث للأحكام المشتركة بين الجمعيات والمؤسسات . وقد اقتصر المشـروع فـى المقدمة على نصين عرض فى أولهما لخصائص الشـخص المعنوى وتناول فى الثانى بيان أنواعه دون وضع أحكام عامـة مشتركة للأشخاص المعنوية جميعا. وقد روعى فى ذلك أن الدولة وغيرها من أشخاص القانون العام والبطركخانات والطوائف الدينية وإن اشتركت مع أشخاص القانون الخاص فى بعض النواحى إلاأن لها وظائف مختلفة ونظما مختلفة بل وسلطات وحقوقا مختلفة وأنها فى بعض الأحوال تخضع لأحكام خاصة . وروعى كذلك أن بعض أشخاص القانون الخاص فى مصر . كالوقف يخضع لأحكام مستقلة عن القانون المدنى .

وإزاء ذلك اجتزأ المشروع بوضع نظام لنوعين من الأشخاص المعنوية الجمعيات والمؤسسات – فواجه فى القسم الأول من هذا الفرع الجمعيات وأفرد الثانى للمؤسسات ومن الأهمية بمكان أن يسد النقص الخاص بالجمعيات وأن تنتظمها مع المؤسسات أحكام عامة .

وقد أشير من قبل إلى أن القضاء جرى على الاعتراف بالشخصية المعنوية للجمعيات واستقرت أحكامه على ذلك (استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٩ ب ٢١ ص ٢١٥ فيما يتعلق بجمعية هومير، و ١٢ مايو سنة ١٩١٢ ب ٢٤ ص ٣٤٨ فيما يتعلق باتحاد البوغازجية، ٣١ مارس سنة ١٩٢٧ ب ٣٩ ص ٣٥٩ فيما يتعلق ببورصة البضائع فى الاسكندرية، ٩ يونيه سنة ١٩٢٧ ب ٣٩ ص ٥٤١ فيما يتعلق بالوفد ، ومصر الأهلية ٢٥ يولية سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٨ ص ٢٠٣، واسكندرية الأهلية استئنافى ٩ سبتمبر سنة ١٩١٣ مج ر ١٩١٤ سنة ١٥ رقم ١٣ فيما يتعلق بجمعية تعاون موظفى بلدية الاسكندرية ، ومصر الأهلية استئنافى ٢٥ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ ص ٧٥٠ فيما يتعلق بالنادى السعدى ، ومحكمة جنايات الزقازيق ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٨ مج ر ١٩٢٨ سنة ٢٩ رقم ٨٣ فيما يتعلق بجمعية الرفق بالحيوان) .

أما فيما يتعلق بالمؤسسات فالأمر أدق إذ يجوز التساؤل عما إذا كان من المناسب إنشاء نظام آخر لحبس الأموال فى بلـد لايـزال نظام الوقف مطبقاً فيه وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية . على أن هذا التساؤل لايلبث أن يفضى إلى وجوب الأخذ بنظام المؤسسات فثمـة مؤسسات فى مصر لم تتخذ شكل الوقف كالمدرسة العبيديـة التـى أنشئت فى سنة ١٨٦١ وملجأ أيتام سبتزوروبولو الذى أنشـئ فـى سنة ١٩٢٨ ثم أن من المصريين مـن أراد أن ينشـئ مستشـفيات ومعاهد يخرجها مخرج المؤسسات لا مخرج الوقـف ، فلـم يجـد أمامها إلا سبيل الهبة للحكومة للانفاق على هـذه المنشـآت وثمـة مؤسسة بناريو أو " قطرة الحليب" وهو ملجأ أيتام اسـرائيلى اتخـذ شكل جميعة عند إنشائه مع أن منشئه كان يقصـد أن يجعـل منـه مؤسسة ، فالحاجة إلى إنشاء مؤسسات تختلف عن الوقف قد عنـت للناس فى مناسبات متعددة ولذلك يكون من الخير أن يوضع تشريع للمؤسسات لتشجيع البر وإقامة هذه المنشآت على قواعـد مسـتقرة تكفل تحقيق الأغراض التى رصدت على خدمتها".

٢ـ مسلك المشرع فى بيان الأشخاص المعنويـة :

أوضحت مسلك المشرع فى بيان الأشـخاص المعنويـة التـى يعترف لها القانون المصـرى بهـذه الصـفة مـذكرة المشـروع **التمهيدى، والتى جاء بها :**

" عــرض المشــرع فى المادة ٨٥ (المقابلة للمادة ٥٢) لبيان الأشخاص المعنوية التى يعترف لها القانون المصرى بهذه الصبغة. وقد رؤى أن هذا البيان ضروى لإرشاد القضاء إلى ضابط يحول بيــنه وبيــن التوسع فى الانحراف بالشخصية الاعتبارية لجماعات لاتدخــل فــى طريق أو آخر من الفرق التى عنى النص بسردها . وبوجــه هذا المسلك ما التزمه المشروع من عموم فى التعبير يتسع لجميع صور الأشخاص المعنوية القائمة فى مصر فى الوقت الحاضر.

ولــيس يمنع ذلك من تدخل المشرع فيما بعد الاعتراف بصور أخــرى من صور الأشخاص المعنوية إذا اقتضت المصلحة اعترافا لهذا. ولذلك أدرجت الفقرة رقم ٦ من المادة ٨٥ فى عداد الأشخاص المعــنوية كــل مجموعة من الأشخاص أو الأموال يمنحها القانون شخصــية قانونــية . وعلى هذا النحو لايقتصر النص على بيان ما يوجد من الأشخاص المعنوية فى مصر فى الوقت الحاضر وإنما هو يتناول ما قد يفضى التطور إلى وجوده فى المستقبل كنقابات أصحاب الحــرف وما إليها . على أن الاعتراف بالشخصية القانونية للفرق التى لايتناولها النص بذاتها لابد فيه من نص خاص ... الخ"[١].

---

(١) الأعمال التحضيرية جـــ١ ص ٣٧٣ ومابعدها .

٤١ـ تعريف الشخص الاعتبارى (المعنوى) :

يمكــن تعــريف الشخص الاعتبارى (المعنوى) بأنه جماعة من الأشخاص والأموال تستهدف تحقيق غرض جماعى معين ويعترف لها القانون بالشخصية القانونية [١].

فالشخصية القانونية وهى تلك الصلاحية لتلقى الحقوق والتحمل بالواجبات لاتثبت فى التشريعات الحديثة للإنسان(الشخص الطبيعى) فقط ، وإنما هى تثبت أيضا لبعض جماعات من الأشخاص تجمعت بقصــد تحقــيق غــرض معيــن كالشــركات والجمعيات ولبعض المجموعــات المرصودة لتحقيق غاية معينة كالأوقاف والمؤسسات. فالقــانون يعتــبر هذه الجماعات ذات شخصية قانونية أى يعتبرها صــالحة لــتلقى الحقوق وتحمل الالتزامات . وهذه الشخصية التى تثبــت لهذه الجماعات تجعلها متميزة ومستقلة عن شخصية الأفراد المكونيــن لها ، أو مستقلة عن الشخص الذى قدم الأموال ورصدها لغرض معين وعن المنتفعين بها كذلك .

ولما كانت هذه الجماعات التى تتمتع بالشخصية القانونية ليست كائــنات طبيعية وإنما هى كائنات معنوية . ولما لم يكن من الممكن

---

(١) الدكتور محمد حسام لطفى موجز النظرية العامة للحق ١٩٨٨ ص٣٠٩.

إدراكهـا بالحس ، إذ هى تدرك بالفكر ، فقد اصطلح على تسميتها "الأشخاص الاعتبارية أو المعنوية "(١).

٤٢ـ مقومات الشخصية الاعتبارية :

يقصد بمقومات الشخصية الأمور التى يجب توافرها حتى تثبت هـذه الشخصـية لكائن من الكائنات الاجتماعية . ويمكننا أن نرجع تلك المقومات إلى ثلاثة أساسية ، هى :

١- مجموع معين من الأشخاص أو من الأموال .

٢- غرض مشترك .

٣- اعتراف الدولة بالشخصية الاعتبارية .

ونتناول هذه الأمور الثلاثة بالتفصيل فيما يلى :

١- مجموع معين من الأشخاص أو الأموال :

يلـزم ، لكـى تقوم الشخصية الاعتبارية ، وجود مجموع معين مـن الأشـخاص أو الأموال. ويلزم فى مجموعات الأشخاص أن تكـون متمـيزة ومجردة عن الأعضاء الذين يدخلون فى تكوينها . ونعـنى بذلك ألا تكون هذه المجموعات قائمة على الاعتبار الذاتى لأعضائها ، تفنى بمجرد فنائهم .

---

(١) الدكتور عبد المنعم البدراوى المدخل للقانون الخاص الطبعة الأولى ص ١٨٨ – الدكتور حسام الدين الأهوانى نظرية الحق ١٩٧٣ ص ٢١٥.

ومجموعات الأشخاص تقوم على اجتماع عدد معين من الأشخاص سواء أكانوا طبيعين أم اعتباريين فلا يشترط أن يكون مؤسس الشخص الاعتبارى من الأشخاص الطبيعيين فقط بل يجوز أن يكون هناك أيضا أشخاص اعتبارية وأبرز جماعات الأشخاص هى الشركات والجمعيات .

ويقصد بمجموعات الأموال تلك الأشخاص الاعتبارية التى تتألف من أموال مرصودة على تحقق غرض معين فالمال هو العنصر الأساسى فيها . فلا يلزم لقيامها اجتماع عدد من الأشخاص.

وعلى هذا يمكن أن يقوم شخص واحد فقط بإنشاء مجموعات من الأموال تتمتع بالشخصية المعنوية وذلك إذا ما توافرت لديه الأموال اللازمة لتحقيق الغرض الذى من أجله ينشأ ذلك الشخص.

ومثال ذلك فى مصر الوقف والمؤسسة .

ويلزم فى مجموعات الأشخاص ومجموعات الأموال على السواء، أن يسودها التنظيم الذى يكفل لها مباشرة نشاطها فى الطريق السوى الذى يصل بها إلى تحقيق أغراضها . فإن تجرد مجموع معين من نظام يوضع له ، لاتثبت له الشخصية الاعتبارية [١].

---

(١) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى نظرية الحق ١٩٥٧ ص ١٥٦ - حسام الدين الأهوانى ص ٢٢٤ ومابعدها .

٢- غرض مشترك :

يلزم لكى تقوم الشخصية الاعتبارية ، لمجموعات الأشخاص والأموال أن تستهدف تحقيق غرض معين مشترك يهم جميع الأعضاء المكونين للشخص . وهو يتصدر به المصلحة الجماعية.

ويلزم بالطبع أن يكون هذا الغرض ممكنا ومشروعا ، وإلا كان تكوين المجموعات المذكورة باطلا .

ويتحتم أن يكون هذا الغرض مما يتطلب تحقيقه فترة ما من الوقت . فمن السمات الأساسية للشخصية الاعتبارية الاستمرار. ولكن هذا لايعنى ضرورة أن يعيش الشخص الاعتبارى إلى الأبد ، أو أن يكون عمره طويلا، أما إذا كان الغرض عرضيا ويمكن تحقيقه دفعة واحدة فمثل هذا الغرض لايكفى لتبرير إنشاء شخص معنوى مستقل . فاتفاق عدة أشخاص على الذهاب فى رحلة فى مقابل اشتراكات جمعت منهم لايعد منشئا لشخص اعتبارى (جمعية مثلا) .

هذا والشخص الاعتبارى قد ينشأ من اتفاق شخصين أو أكثر ، كما فى الشركات والجمعيات ، وقد ينشأ بإرادة شخص واحد كما فى المؤسسات والأوقاف [1].

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٢٠٢ ومابعدها – محمد حسام لطفى ص٢١٦.

٣- اعتراف الدولة بالشخصية الاعتبارية :

وهذا العنصر شكلى . فلا يمكن نشوء الشخصية الاعتبارية إلا إذا اعترفت الدولة بذلك الشخص ، وهذا الاعتراف هو الذى يمنح الشخص الاعتبارى الحياة القانونية .

واشتراط اعتراف الدولة بالشخص لنشوئه يبين ميل المشرع المصرى تجاه نظرية الافتراض والمجاز التى تشترط اعتراف الدولة لمنح الحياة للشخص الاعتبارى استنادا إلى أن القاعدة العامة أن الشخص الطبيعى هو الذى يعتبر شخصا قانونيا والاستثناء على ذلك وهو الشخص المعنوى لايكون إلا بنص قانونى .

واعتراف الدولة بالشخص الاعتبارى له صورتان :

الصورة الأولى : الاعتراف العام ، ويتحقق بوضع المشرع ابتداء شروطا عامة ، إذا توافرت فى أى جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال، اكتسبت هذه الجماعة أو تلك المجموعة الشخصية المعنوية بقوة القانون، دون حاجة إلى ترخيص أو إذن خاص من جانب المشرع بصدد تكوين كل جماعة أو مجموعة منها على حدة . وهذا الاعتراف اعتراف غير مباشر ينشأ عن تنظيم تشريعى سابق لنماذج معينة من جماعات الأشخاص أو مجموعات الأموال، ولذلك تعرف صورته كذلك باسم "طريقة التنظيم القانونى ".

والصورة الثانية : هى صورة الاعتراف الخاص، فتستلزم صدور ترخيص أو إذن خاص من المشرع بقيام الشخصية المعنوية لكل جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال عند تكوين كل منها على حدة . وهذا الاعتراف – على خلاف الاعتراف العام – اعتراف مباشر وفردى ، ولذلك تعرف صورته كذلك باسم " نظام الإذن أو الترخيص " (١).

٤٣ـ المادة تشمل الأشخاص الاعتبارية العامة والأشخاص الاعتبارية الخاصة :

تضمنت المادة الأشخاص الاعتبارية العامة والأشخاص الاعتبارية الخاصة على حد سواء . ولم يتضح منها أى مؤشر عن المعيار الذى تبناه المشرع للتفرقة بين الشخص الاعتبارى العام والشخص الاعتبارى الخاص، رغم أهمية هذه التفرقة ، وتتجلى هذه الأهمية فى القواعد القانونية المطبقة على كل منهما ، فالشخص الاعتبارى العام يخضع للقانون العام ، والشخص الاعتبارى الخاص يخضع لقانون الخاص .

ويترتب على ذلك أن الشخص الاعتبارى العام يتمتع بسلطات وامتيازات لايتمتع بها الشخص الاعتبارى الخاص . وهذه التفرقة

---

(١) الدكتور حسن كيره المدخل إلى القانون الطبعة الخامسة ١٩٧٤ ص ٦٣٦ وما بعدها- الدكتور عبد الودود يحيى نظرية الحق ١٩٦٨- ١٩٦٩ ص ٩٠ ومابعدها .

أصبحت دقيقة إلى حد بعيد بعد تداخل نشاط الدولة ونشاط الأفراد في العصر الحديث .

وبالنسبة للمعايير المقترحة من جانب الفقه فإنها ليست حاسمة ولاقاطعة ، لكن القدر المتيقن منها أن الدولة والأشخاص الاعتبارية الإقليمية تعتبر أشخاص اعتبارية عامة . وكذلك الأشخاص الاعتبارية التى تقوم على المرافق العامة فى الدولة كالجامعات وهيئة البريد، والسكك الحديدية والنقل العام وغير ذلك تعتبر أشخاصا اعتبارية عامة وبما أن المنطقة التى تدق فيها التفرقة هى عند ممارسة نشاط اقتصادى معين من جانب الدولة . ففى هذه الحالة يمكن الركون إلى عدة معايير للكشف عن صفة الشخص العامة أو تخلفها ، كتمتعه بامتيازات السلطة العامة أو عدم تمتعه بذلك، وأصله ومنشأه، ومدى تمتع الإدارة بالسيطرة عليه. وغير ذلك من معايير[١].

---

(١) الدكتور نبيل سعد نظرية الحق – دار النهضة العربية ص ١٨٩ ومابعدها.

أنواع الأشخاص الاعتبارية
المنصوص عليها بالمادة

٤٤ـ الدولة والمديريات والمدن والقرى بالشروط التى يحددها القانون :

وهذه جميعا أشخاص اعتبارية عامة ، وتخضع لأحكام القانون العام .

وفى طليعة هذه الأشخاص العامة الدولة، التى ينبسط سلطانها ونشاطها على كافة إقليمها ، والدولة تكتسب هذه الصفة إن اعتبرت وحدة سياسية وحصلت على اعتراف الدول الأخرى .

والشخصية هنا تثبت للدولة ، ولاتثبت للحكومة . فالحكومة ليست إلا الهيئة التى تتولى أمور الدولة وتباشر التصرفات التى تقتضيها مصلحتها .

ومن هذا يبين أنه ليس دقيقا أن نقول بأن الحكومة تملك هذا المال أو ذاك . فالذى يملك هو الدولة ، وتقتصر مهمة الحكومة على أن تنوب عنها فى إدارة دفة أمورها [١].

ويلى الدولة الأشخاص المحلية التى يتولى كل منها أمور المرافق العامة على اختلاف أنواعها فى بقعة معينة من إقليم الدولة، كالمحافظات والمدن والقرى وثبوت الشخصية الاعتبارية لهذه

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٥٩ .

الأشخاص ، إنما يتم عن طريق الاعتراف العام وبمجـرد نشـوئها وفق الشروط العامة المحددة فى القانون [١].

وبمقتضى القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قـانون نظـام الإدارة المحلية – السارى الآن– أصـبحت أشخاصـا اعتباريـة : وحدات الإدارة المحلية وهى المحافظات والمراكز والمدن والأحياء إذ تنص المادة الأولى من القانون (مستبدلة بالقانون رقم ٥٠ لسـنة ١٩٨١) على أن : " وحـدات الإدارة المحليـة هـى المحافظـات والمراكز والمدن والأحياء والقرى ، ويكون لكل منهـا الشخصـية الاعتبارية ويتم إنشاء هذه الوحدات وتحديد نطاقها وتغيير أسـمائها وإلغائها على النحو التالى ... الخ ".

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١– " المادة ١/٥٢ من القانون المدنى قد جرى نصها على أن : "الأشخاص الاعتبارية هى الدولة والمديريات والمدن والقرى بالشروط التى يحددها القانون ، والإدارات والمصالح وغيرها من المنشـآت العامة التى يمنحها القانون شخصية اعتبارية " وهـذه الشخصـية الاعتبارية تخول من اكتسبها كافة مميزات الشخصية القانونية فيكون له نائب يعبر عن إرادته كما يكون له حق التقاضى ، أى يكون لـه

---

(١) حسن كيره ص ٦٧١ – الدكتور نعمان جمعه دروس فى المدخل للعلوم القانونية سنة ١٩٧٧ ص ٥١٩ ومابعدها .

أهلية فى النطاق الذى يحدده سند الاعتراف له بالشخصية الاعتبارية " المادة ٥٣ من القانون المدنى " ، ولما كان الوزير هو الذى يمثل الدولة فى الشئون المتعلقة بوزارته وذلك بالتطبيق للأصول العامة باعتباره المتولى الإشراف على شئون وزارته والمسئول عنها والذى يقوم بتنفيذ السياسة العامة للحكومة فيها فإن وزارة الخزانة التى يمثلها وزيرها تكون هى صاحبة الصفة بشأن التصدى للعقار محل النزاع باعتباره نائباً سواء عن بيت المال أو إدارة الأموال التى آلت إلى الدولة طبقا للقانون ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ طالما لايوجد نصوص فى القانون المنشئ لأيهما ما يمنح أيا منهما الشخصية الاعتبارية بالإضافة إلى أنه طبقا لنص المادة الثانية من القانون ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ فإن الأموال والممتلكات التى وضعت تحت الحراسة بموجب قانون الطوارئ تؤول إلى الدولة من وقت رفع الحراسة بحكم القانون مقابل تعويض عنها ويترتب على ذلك أن تصبح الدولة صاحبة الصفة فى المطالبة بهذه الأموال والممتلكات دون أن يقيد من ذلك ما نصت عليه المادة الأولى من ذلك القانون من رفع الحراسة عن أموال وممتلكات الأشخاص الطبيعيين الذين فرضت الحراسة على أموالهم والدولة هنا – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – لاتعتبر خلفا عاما أو خاصا لأصحاب هذه الأموال ولما كان المنع من إعادة النزاع

فـــى المســـألة المقضى فيها يشترط فيه أن تكون المسألة واحدة فى الدعويين ، ويجب لتوفر هذه الوحدة أن تكون المسألة المقضى فيها نهائـــيا مســـألة أساســـية يكون الطرفان قد تناقشا فيها فى الدعوى الأولـــى واســـتقرت حقيقتها بينهما بالحكم الأول، وتكون هى بذاتها الأساس فيما يدعيه أى من الطرفين قبل الآخر من حقوق متفرعة عنها، لما كان ذلك وكان الثابت أن المطعون ضده قد اختصم وزير الخـــزانة بصفته ممثلا لبيت المال فى الدعوى ٣١٢٦ لسنة ١٩٦٥ مدنـــى كلـــى اســـكندرية وقضـــى له فيها نهائيا بثبوت ملكيته للعين موضـــوع النزاع بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية وإذ كان التقادم المكسب هو أساس ادعاء المطعون ضده ملكية ذات العين فى الدعوييـــن الحاليتين قبل وزير الخزانة بصفته ممثلا لإدارة الأموال الـــتى آلـــت إلى الدولة فإن هذه المسألة الأساسية تكون قد استقرت حقيقتها بين ذات الخصوم- الدولة والمطعون ضده - بالحكم الأول اســـتقرارا يمـــنع من إعادة المنازعة فيما بينهما ، وإذ التزم الحكم المطعـــون فـــيه هذا النظر فاعتد بحجية الحكم السابق فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون" .

(طعن رقم ٣٨٩ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨١/١/٧)

٢- " النص فى المادتين ٥٢، ٥٣ من القانون المدنى يدل على أنـــه متى اكتسبت إحدى الجهات أو المنشآت الشخصية الاعتبارية

فـــإن القانون يخولها كافة مميزات الشخصية القانونية من ذمة مالية مستقلة وإرادة يعبر عنها نائبها ، وأهلية لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجـبات فضـــلا عـــن أهليتها للتقاضى وذلك وفقا للقواعد وفى الحـــدود المقـــررة لســـند إنشائها ويتعين بالتالى أن تكون مخاطبة الشـــخص الاعتـــبارى فى مواجهة النائب القانونى عنه الذى يحدده ســـند إنشائه بحيث لايحاج بأية إجراءات أو تصرفات قانونية توجه إلى غيره ، وإذ كان قانون نظام الحكم المحلى رقم ٥٢ سنة ١٩٧٥ – الواجب التطبيق على واقعة الدعوى – قد نص فى المادة الأولى مـــنه علـــى أن " وحـــدات الحكم المحلى هى المحافظات والمراكز والمـــدن والأحياء والقرى ويكون لكل منها الشخصية الاعتبارية " ونـــص فى المواد ٣٦ ، ٤٣ ، ٥١ ، ٦٩ منه على الموارد المالية الخاصـــة بكـــل وحـــدة محلية عدا الأحياء واختص الوحدة المحلية بالمديـــنة بحصـــيلة الحكومة من إيجار المبانى الداخلة فى أملاكها الخـــاص، كمـــا نص فى المادة الثانية منه على أن " تتولى وحدات الحكـــم المحلـــى إنشـــاء وإدارة جميع المرافق العامة الواقعة فى دائـــرتها فـــيما عدا المرافق القومية أو ذات الطبيعة الخاصة التى يصدر باستثنائها قرار من رئيس الجمهورية وتحدد اللائحة التنفيذية المـــرافق المحلية التى تتولى المحافظات إنشاءها وإدارتها والمرافق الـــتى تـــتولى إنشـــاؤها وإدارتها الوحدات الأخرى للحكم المحلى "

ونصت المادة الرابعة من القانون المذكور على أن " يمثل المحافظة محافظهـــا ، كما يمثل كل وحدة من وحدات الحكم المحلى الأخرى رئيسها وذلك أمام القضاء وفى مواجهة الغير " .

ونصت المادة ١١ من اللائحة التنفيذية للقانون على أن " تباشر الوحـــدات المحلية كل فى دائرة اختصاصها ، وطبقا لإمكانيات كل مـــنها وفـــى نطـــاق السياسة العامة للدولة شئون الإسكان والشئون العمرانـــية والمرافق البلدية الآتية ... المحافظة على أملاك الدولة وإدارتها وتنظم استقلالها ومنع التعديات والتقاسيم المخالفة" فإن مفاد هـــذه النصوص مجتمعة أن المشرع قد جعل لكل وحدة من وحدات الحكـــم المحلـــى شخصية اعتبارية مستقلة عن باقى الوحدات ولكل مـــنها ذمة مالية خاصة بها ، وحدد الممثل القانونى لها الذى له حق التعامل مع الغير وتمثيل الوحدة المحلية أمام القضاء مما مقتضاه أن رئـــيس المديـــنة يكون هو وحده صاحب الصفة فى تمثيل وحدته المحلية وهى المدينة قبل الغير فيما يدخل فى نطاق اختصـــاصه طبقا لأحكام القانون " .

(طعن رقم ٤٦١ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٨/١/١٧ - غير منشور)

٣- " المقـــرر فى قضاء هذه المحكمة أن الوزير هو الذى يمثل الدولـــة فى الشئون المتعلقة بوزارته وذلك بالتطبيق للأصول العامة باعتـــباره مـــتولى الإشراف على شئون وزارته والذى يقوم بتنفيذ السياسة العامة للحكومة وذلك ما لم يسلبه القانون هذه الصفة ويعهد

بهـــا إلى غيره ، وكانت المواد الثانية والرابعة والسابعة والعشرين من قانون نظام الحكم المحلى رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨١ - الذى وقع الحادث فى ظل العمل بأحكامه- وإن نصـــت على أن المحافظات وغيرها من وحدات الحكم المحلى تتولى جميع الاختصاصات التى تتولاها الوزارات فيما عدا المرافق القومـــية أو ذات الطبـــيعة الخاصة ، ويمثل المحافظ محافظته كما يمـــثل كل وحدة من هذه الوحدات رئيسها وذلك أمام القضاء إلا أن هـــذه النصـــوص لـــم تسلب الوزير صفته فى الإشراف على تلك الوحدات والعاملين بها ، ومن ثم فإن هؤلاء العاملين يكونون تابعين للمحافظ والوزير معا " .

(طعن رقم ٢٦٩ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٣/١/٢٨)

ذات المبدأ :

(طعن رقم ٢١٩٤ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٢/١/٢٦)

(طعن رقم ١٢٧٩ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٩/٢/٢٨)

(طعن رقم ١٤٠٢ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٦/٥/١٤)

(طعن رقم ٩٩٢ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/٦/٢٣)

(طعن رقم ٧٩٠ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٥/٤/١١)

(طعن رقم ٢١١٠ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/٣/١٧)

(طعن رقم ٧٢٤ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٥/١/١٠)

(طعن رقم ١٣٢٦ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٤/٤/١٥)

ثانيا : المنشآت أو الهيئات أو المؤسسات العامة :

أشـــارت المادة إلى هذا النوع من الأشخاص الاعتبارية العامة ولكن دون تفصيل أو تمثيل بنصها على أن : " الإدارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التى يمنحها القانون شخصية اعتبارية"- وإذا كـــان ظاهـــر هـــذا النص يشعر بأن هذا النوع من الأشخاص الاعتــبارية – علـــى خـــلاف النوع الأول – يلزم لثبوت شخصيته اعتراف خاص إلا أننا سنرى أن القانون نص على ثبوت الشخصية الاعتبارية له .

ومـــن ثـــم يكـــون قد خلق اعترافا عاما بالشخصية الاعتبارية للهيئات والمؤسسات العامة بحيث تثبت لها الشخصية بمجرد إنشائها الـــذى يـــتم بقرار من رئيس الجمهورية ، دون حاجة إلى اعتراف خاص بالشخصية لكل هيئة أو مؤسسة عامة على حدة .

وهذه الأشخاص الاعتبارية العامة المسماة بالمنشآت أو الهيئات أو المؤسســـات العامة ، أو بالأشخاص المرفقية كما يسميها البعض تميـــيزا لهـــا عن الأشخاص الإقليمية ، تتخصص – وسواء كانت قومية أو محلية – بوجه معين من أوجه النشاط أو بمرفق أو مرافق محـــددة ، تتمتع فى توليها وإدارتها بنوع من الاستقلال الذاتى عن الدولة أو الأشخاص الاعتبارية الإقليمية الأخرى التى تتبعها .

وقـــد كانت الأشخاص المرفقية محدودة من قبل وقاصرة على مجـــرد الهيئات أو المؤسسات العامة الإدارية التقليدية ، كالجامعات المصرية ودار الكتب ومجمع اللغة العربية والإذاعة اللاسلكية .

وبعـــد تدخل الدولة المتزايد إلى الميدان الاقتصادى أمام انتشار النزعات الاجتماعية اليوم وما تقتضيه من ضرورة هيمنة الدولة على الاقتصـــاد فـــى الجماعـــة ، ظهرت صورة جديدة من المرافق أو المؤسسات العامة الاقتصادية لاتتولاها الدولة بنفسها مباشرة ، وإنما تعطيها الشخصية الاعتبارية وتمنحها بذلك حظا من الاستقلال الفنى والإدارى والمـــالى ، تتخفف به من الأساليب الإدارية أو الحكومية المعقـــدة لتتبع أساليب إدارة المشروعات الحرة المماثلة ، مما يزيد فى فرصة نجاحها وتحقيق المقصود من أغراضها .

وقـــد جرى المشرع المصرى أخيرا على التمييز بين ما يسميه "الهيـــئات العامة " وما يسميه " المؤسسات العامة " ولكن لم يستقر حتى الآن معيار التمييز بوضوح بين هذين النوعين من الأشخاص الاعتـــبارية ، وإن كان الظاهر أن المشرع المصرى يرمز عموما بالهيئات العامة إلى المنشآت العامة التقليدية وبالمؤسسات العامة إلى المنشآت العامة الاقتصادية .

وعلـــى أى حال ، فالمشرع نفسه يتكفل بإقامة هذا التمييز ، إذ تـــنص المـــادة ١٨ من قانون الهيئات العامة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣

على أن : " يحدد رئيس الجمهورية بقرار منه ما يعتبر هيئات عامة فى تطبيق أحكام هذا القانون " .

وتــنص المادة الأولى من القانون على أن : " يجوز بقرار من رئــيس الجمهورية إنشاء هيئة عامة ، لإدارة مرفق مما يقوم على مصلحة أو خدمة عامة ، وتكون لها الشخصية الاعتبارية .

كما نظم أخيرا- القرار بقانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ المؤسسات العامة . وتنص المادة الثانية منه على أن : " المؤسسة العامة وحدة اقتصــادية قابضــة تقــوم فــى مجال نشاطها بالمشاركة فى تنمية الاقتصــاد القومــى الاشتراكى ، ومعاونة الوزير فى تحقيق أهداف خطــة التنمــية . وتنص المادة الثالثة على أن : " تختص المؤسسة العامــة بالنســبة للوحدات الاقتصادية التابعة لها بتخطيط ومتابعة الأهــداف المقــررة لهذه الوحدات ، والتنسيق بينها وتقييم أدائها ، وذلك دون تدخل فى شئونها التنفيذية .

كذلك تختص المؤسسة العامة بمعاونة الوحدات الاقتصادية التى تتــبعها فــى تذلــيل الصعوبات والمشاكل ذات الصفة العامة التى تقترحها فى سبيل تحقيق أهدافها " .

وتــنص المادة السادسة على أن : تنشأ المؤسسات العامة بقرار مــن رئيس الجمهورية ، وتكون لها الشخصية الاعتبارية ، ويحدد القرار الصادر بإنشائها .... الخ " .

وتــنص المـــادة الســابعة على أن: " تمارس المؤسسة العامة نشاطها بواسطة ما يتبعها من وحدات اقتصادية ومع ذلك يجوز أن يعهد إليها القرار الصادر بإنشائها بمباشرة نشاط معين .

وفـــى هــذه الحالة تعتبر فى تطبيق أحكام هذا القانون فى حكم الوحدة الاقتصادية التابعةوذلك بالنسبة للنشاط الذى تمارسه بالذات".

ثم صدر القانون رقم ١١١ لسنة ١٩٧٥ ببعض الأحكام الخاصة بشركات القطاع العام المعدل بالقانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٧٦ ونص فى مادته الثانية على أن :

" تلغـــى المؤسســـات العامة التى لاتمارس نشاطا بذاتها وذلك تدريجياخلال مدة لاتجاوز ستة أشهر من تاريخ العمل بهذا القانون، ويصـــدر الوزيـــر المخـــتص بالاتفـــاق مع وزير المالية القرارات اللازمـــة لتصفية أعمالها وتحديد الجهات التى تؤول إليها مالها من حقوق ، وما عليها من التزامات .... الخ ".

ثـــم صدر القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ بإصدار قانون فى شأن هيئات القطاع العام وشركاته .

وقد نصت المادة الخامسة من قانون إصداره على أن : " يلغى القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١والقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٧٥ سالفى الذكـــر . إلا أن المـــادة الثالثة من قانون إصداره نصت على أنه : "لايترتـــب علـــى تطبـــيق أحكـــام هذا القانون الإخلال بما تضمنته

القوانين أو قرارات رئيس الجمهورية من أنظمة خاصة لبعض هيئات أو مؤسسات أو شركات القطاع العام وتسرى أحكامه على هذه الجهات فيما لم يرد به نص خاص فى تلك القوانين أو القرارات" .

ونصت المادة الأولى من القانون على أن : " تقوم هيئات القطاع العام فى مجال نشاطها ومن خلال الشركات التى تشرف عليها بالمشاركة فى تنمية الاقتصاد القومى والعمل على تحقيق أهداف خطة التنمية طبقا للسياسة العامة للدولة وخططها ... الخ".

ونصت المادة الثانية على أن : " تنشأ هيئة القطاع العام بقرار من رئيس الجمهورية وتكون لها الشخصية الاعتبارية وتعتبر من أشخاص القانون العام ... الخ " .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " نصت المادة ١/٥٢ من القانون المدنى على أن الأشخاص الاعتبارية هى الدولة والمديريات والمدن والقرى بالشروط التى يحددها القانون والإدارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التى يمنحها القانون شخصية اعتبارية فيكون لها حق التقاضى ويكون لكل منها نائب يعبر عن إرادته (م٥٣ من القانون المدنى). فإذا كان القانون لم يمنح مصلحة التنظيم – وهى تابعة لمجلس بلدى القاهرة الذى يمثله محافظها فى التقاضى– الشخصية المعنوية ولم يخول مديرها حق تمثيلها أمام القضاء فإن رفع الدعوى عليها فى

شــخص مديرها يجعلها غير مقبولة وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يستوجب نقضه ".

(طعن رقم ١٣٢ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١١/١)

٢- " إن إذاعــة الجمهورية العربية المتحدة كانت طبقا للقرار الجمهــورى رقم ٧١٧ لسنة ١٩٥٩ مؤسسة عامة وكان يمثلها فى التقاضــى مديــرها العام ثم صدر قرار رئيس الجمهورية رقم ٧٨ لسنة ١٩٦٦ بتظيم هيئة الإذاعة فجعل منها هيئة عامة ، ونص فى المــادة الخامسة منه على أن يمثل رئيس مجلس الإدارة الهيئة أمام القضاء وقد عمل بهذا القرار منذ صدوره فى ٣ يناير سنة ١٩٦٦، ومــن ثم فقد زالت عن المدير العام صفته فى تمثيل هيئة الإذاعة، وأصــبح رئيس مجلس إدارتها هو وحده صاحب الصفة فى تمثيلها فــى الدعاوى التى ترفع منها أو عليها وإذ كان الثابت أن الطعن قد قرر به المدير العام للهيئة بصفته ممثلا لها ، فإنه يكون غير مقبول لرفعه من غير ذى صفة " .

(طعن رقم ٢٨٦ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/١٢/٣١)

٣- " صــدر قرار رئيس الجمهورية رقم ٢٤٣٣ لسنة ١٩٧١ بإنشاء الهيئة العامة للمساحة ونص فى مادته الأولى على أن تكون لها الشخصية الاعتبارية وتتبع وزير الرى ومن بين ما حددته المادة الثانــية مــنه القيام بالأعمال الخاصة بنزع ملكية العقارات للمنفعة

العامـــة ، كما نصت المادة العاشرة منه على أن رئيس مجلس إدارة الهيـئة يمـثلها فى علاقاتها بالغير وأمام القضاء والمرجع فى بيان وتحديـد صـفة النيابة عن الهيئة العامة ذات الشخصية الاعتبارية ومداهـا هـو القـانون الصادر بإنشائها ، فإن ممثل الهيئة العامة للمساحة أمام القضاء قد تحدد بموجب قانون إنشائها برئيس مجلس إدارتهـا استثناء من الأصل العام الذى يقضى بتمثيل الوزير للدولة فـى الشئون المتعلقة بوزارته أو المحافظ فى مجال تفويضه بالقيام بمـا كـان مخولا للوزير ، وبالطبع ليس للأول من سلطات تفوق سلطة الأخير والتى نيطت به بموجب قانون نظام الحكم المحلى ".

(طعن رقم ١٣٢٦ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٤/٤/١٥)

٤- " الـنص فى المادتين ٥٢ ، ٥٣ من القانون المدنى والمواد ١، ٢، ٦ ، ٧ ،٨، ٩ مـن قـانون الهيئات العامة الصادر بالقرار بقـانون رقـم ٦١ لسـنة ١٩٦٣ يدل - وعلى ما أوضحته مذكرة المشروع التمهيدى للقانون المدنى - على أن المشرع حرص على بيان الأشخاص المعنوية التى يعترف لها القانون بهذه الصفة بوضع ضـابط عام يحول دون التوسع فى الاعتراف بالشخصية لجماعات لاتدخـل فى فريق أو آخر من الفرق التى يتناولها النص بذاتها لابد فـيه من نص خاص ، كما أن الخصائص الذاتية للشخص المعنوى الـتى وردت فى المادة ٥٣ هى خصائص يستعان بها للتفريق بين

مجموعات الأشخاص أو الأموال التى توجد فى حكم الواقع ونظيرها مــن المجموعــات التى يعترف القانون بكيانها ويثبت لها صلاحية الوجوب فى الحدود اللازمة لمباشرة نشاطها ، فيكون شأنها فى هذه الحدود شأن الأشخاص الطبيعين ، ومن أجل ذلك فقد عنى المشرع فى قانون الهيئات العامة بتحديد سمات الهيئة العامة التى تنشأ بقرار مــن رئيس الجمهورية حتى تكتسب الشخصية الاعتبارية ، فأوجب أن يتضــمن سند إنشائها بيانا بالأموال التى تدخل فى ذمتها المالية أى تحديــد موارد تمويلها ، وأن تكون إدارتها بمعرفة مجلس إدارة يــتم تشكيله بالكيفية التى بينها القرار الجمهورى ، ولايمثلها سوى رئــيس مجلــس الإدارة فى صلاتها بالغير وأمام القضاء ، ويكون وضع ميزانيتها الخاصة بالطريقة التى يحددها القرار – ولذلك فإنه يلزم حتى تكتسب الهيئة التى يصدر بإنشائها قانون أو قرار جمهورى، صفة الشخص الاعتبارى ، أن تكون هيئة عامة لها ذات الخصائص الــتى أوردهــا قانون الهيئات العامة المشار إليه ويحكمها القواعد العامة الواردة فى القانون المدنى بما لايتعارض مع قانونها الخاص".

(طعن رقم ٧٣٨ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٩/١١/١٥)

٥- " إن قــرار رئيس الجمهورية رقم ٥٣١ لسنة ١٩٨١ بشأن قواعــد التصــرف فــى الأراضــى والعقارات التى تخليها القوات المســلحة وتخصــيص عائدها لإنشاء مدن ومناطق عسكرية بديله

المعـــدل بالقراريـــن رقمى ٢٢٣ ، ٢٢٤ لسنة ١٩٨٢ قد نص فى مادتـــه الأولـــى علـــى أن " ينشـــأ بوزارة الدفاع جهاز باسم جهاز مشروعات أراضى القوات المسلحة ، تكون له الشخصية الاعتبارية، يختص ببيع الأراضى والعقارات المملوكة للدولة التى تخليها القوات المســـلحة والتى يصدر بتحديد وبيان مواقعها وتاريخ إخلائها قرار مـــن وزير الدفاع، كما يتولى تجهيز وإعداد مدن ومناطق عسكرية بديلة للمناطق التى تم إخلاؤها، ويصدر بتنظيمه وتحديد اختصاصاته الأخـــرى قرار من رئيس الجمهورية ، ونص فى مادته الثانية على أن يكـــون التصرف فى تلك الأراضى والعقارات " بطريق المزاد العلـــنى وفـــى الحدود والقواعد والشروط التى يصدر بها قرار من رئـــيس مجلس الوزراء بناء على عرض وزير الدفاع بالاتفاق مع وزارة المالـــية ، ويجـــوز بقرار من رئيس مجلس إدارة الجهاز ، ووفقا للقواعد التى يضعها أن يكون الوزارات والمصالح الحكومية ووحدات الحكم المحلى والهيئات العامة التى تباشر نشاطا اقتصاديا ، أولويـــة شـــراء الأراضى والعقارات المعروضة للبيع بالسعر الذى يحـــدده متى كان القصد من ذلك تحقيق مصلحة قومية ، وفى مادته الـــرابعة علـــى أن " تبلغ قرارات مجلس الإدارة إلى وزير الدفاع لاعـــتمادها "- ممـــا مفاده أن الجهاز المشار إليه جهاز له شخصية

اعتبارية مستقلة أنشأته الدولة لتباشر عن طريقه بعض فروع نشاطها العام ، واتبعت فى إدارته أساليب القانون العام ، وتمتعت فى ممارستها لسلطتها من خلاله بقسط من حقوق السلطة العامة بالقدر اللازم لتحقيق أغراضه ، فإنه يعتبر شخصا من أشخاص القانون العام ولايندرج ضمن الأشخاص الاعتبارية الخاصة" .

(طعنان رقما ٩٠٦، ٩٠٩ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠١/٥/٢٢ – لم ينشر بعد)

٤٥ ـ ثانيا : المرافق النقابية والمهنية :

المرافق النقابية والمهنية هى التى تقوم على ضم المشتغلين بمهنة معينة ضما إجباريا فى جماعة ذات شخصية اعتبارية ، تشرف على نظام وأصول المهنة . وتختص بقبول المشتغلين بها وتفرض عليهم رسوما معينة وتملك عليهم سلطة تأديبية واسعة ، وتتمتع فى سبيل ذلك كله ببعض مزايا السلطة العامة . ومن أمثلتها الغرف التجارية والصناعية ونقابات المحامين والأطباء والمهندسين وهذه النقابات صورة جديدة من المؤسسات العامة هى " المؤسسات المدنية " وتعتبر قراراتها المتعلقة بالنشاط المهنى قرارات إدارية تخضع لرقابة القضاء الإدارى [١].

---

(١) حسن كيره ص ٦٧٤ – إبراهيم شيحا وحسين عصمان أصول القانون الإدارى ١٩٨٦ ص ٣٣٢ ومابعدها .

٤٦ـ ثالثا : الهيئات والطوائف الدينية التى تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية :

تــورد المادة ضمن الأشخاص الاعتبارية " الهيئات والطوائف الدينية التى تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية " .

وهــذه الهيئات والطوائف لاتتمتع بالشخصية الاعتبارية إلا إذا منحها القانون الشخصية الاعتبارية بنص خاص ، وليس عن طريق الاعتراف العام ، وإن كان لايلزم أن يكون الاعتراف صريحا .

وتعتــبر قرارات هذه الهيئات والطوائف الدينية بالتالى قرارات إدارية تقبل الطعن فيها بالإلغاء أمام القضاء الإدارى ، وذلك بالنظر إلى ما تتمتع به هذه الهيئات من بعض مزايا واختصاصات السلطة العامــة وإلى قيامها بخدمات ذات نفع عام وإلى خضوعها خضوعا جوهريا لهيمنة الدولة وإشرافها [(١)].

وكانــت المــادة ٨٥ مــن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى – المقابلــة للمــادة ٥٢ مدنـــى – تذكر ضمن الأشخاص الاعتبارية "البطريكيات والطوائف الدينية التى تعترف بها الدولة ، والرهبنات والأديرة التى تمتع باستقلال ذاتى ولها ذمة مالية مستقلة عن الهيئة الدينـــية الـــتى تتبعها " . وقد تحفظ واضعو المشروع التمهيدى فى مذكــرة المشــروع فــيما يتعلق بالرهبنات والأديرة وقالوا إنهم لم يقصـــدوا بذكرها إلى القطع بالرأى فى تمتعها بالشخصية المعنوية

---

(١) حسن كيره ص ٦٧٥ – عبد الودود يحيى ص ٩٢ .

ولكنهم قصدوا إلى مجرد إثارة المسألة لتكون محلا للنظر . فقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى ما يأتى :

" وتتناول الفقرة الثانية الهيئات الدينية فتنص على البطركخانات والطوائف الدينية التى تعترف بها الدولة ، وتنص كذلك على (الرهبنات) أو الجماعات الدينية والأديرة ولايثير أمرا البطركخانات والطوائف الدينية إشكالا مادامت الشخصية المعنوية مقصورة على ما تعترف به الدولة منها وفقا للقواعد المتبعة فى هذا الصدد .

ولكن مركز الرهبنات والأديرة تختلف عن ذلك كل الاختلاف فالرهبنات نظام نشأ فى كنف الكنيسة الكاثوليكية ولكنه لايكاد يعرف عند الطوائف المصرية ، كل ما هنالك أن بعض الرهبنات الأجنبية أنشأت معاهد فى مصر. وقد اعترف القضاء المختلط لهذه الرهبنات فى الحالات النادرة التى طرحت عليه بالشخصية المعنوية (مصر المختلطة ١١ مايو سنة ١٩٠٩ رقم ٢٠٩٥ سجل سنة ٣٥ قضائية غيرمنشور). ولم يسع المشرع إلا أن يشير إلى الرهبنات لاستكمال البيان الخاص بالأشخاص المعنوية على أن تكون هذه الإشارة محلا للاستفتاء ولاسيما أن بعض الدول الأجنبية لايعترف للرهبنات بالشخصية المعنوية وترى أن قيامها يتعارض مع النظام العام .

أما الأديرة فللأقباط كثير منها ، للأرثوذكس (الروم) دير فى سينا ، وتتمتع الأديرة القبطية بحظ من الاستقلال . ولها ذمة مالية مستقلة وإن كانت من الناحية النظامية تعتبر تابعة للبطركخانات،

على أن البطركخانات تنكر عليها استقلالها القانونى ، والرأى ينقسم فى هذا الصدد بين أبناء الطوائف .

وقد فصلت المحاكم الأهلية فى دعاوى رفعت على رؤساء الأديرة أو رفعت منهم ولكنها لم تعرض لمسألة الاعتراف لهذه الأديرة بالشخصية المعنوية فى أكثر الأحوال . على أن محكمة استئناف أسيوط عرضت فى أحد أحكامها لهذه المسألة بذاتها وأنكرت على الأديرة الشخصية المعنوية (١٨ فبراير سنة ١٩٣٤ المحاماة القسم الثانى ١٥-٢ ص ٩١ رقم ٤٣) .

أما دير سينا فيتمتع بالشخصية المعنوية وهو مستقل عن بطركخانة الروم الأرثوذكس . ويرجع استقلاله هذا إلى اعتراف صدر له فى عهد أوائل خلفاء المسلمين وبوجه خاص إلى براءة تولية صدرت فى ١٥ رمضان سنة ١٣٢٢ إلى رئيسه فى ذلك العهد، وقد اعترف القضاء المختلط لهذا الدير بالشخصية المعنوية (استئناف مختلط ٢٣ يونية ١٩٢٧ ب ٣٩ ص ٥٧٣) والظاهر أن هذا هو مذهب القضاء الأهلى أيضا ، ولم يقصد المشروع والحال هذه من ذكر الجماعات الدينية والأديرة إلى القطع بالرأى فى تمتعها بالشخصية المعنوية ولكنه قصد إلى مجرد إثارة المسألة لتكون محلا للنظر وهى بعد أوثق اتصالا بالسياسة الخاصة بنظام الطوائف الدينية بوجه عام " (١).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ٣٧٤ ومابعدها .

وفى لجنة المراجعة رأت اللجنة تعديل هذه الفقرة " تعديلا يضع عبارة عامة تشمل جميع الهيئات والطوائف الدينية "[١] وذلك على النحو الراهن بالنص .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " البطريركية ليست جهة حكم ولا جهة لضبط مال من لم يظهر له وارث ، بل ذلك من خصائص وزارة المالية بصفتها بيت المال . فتصرف البطريركية بتناول النقود وتسليم التركة إلى مطلق المتوفاة ، الذى لايرثها بحال ، ليسلمه لذى الحق فيه هو تصرف غير مشروع من أساسه ، ولا يدخل إطلاقا فى حدود سلطتها باعتبارها شخصا معنويا من أشخاص القانون العام (personne de morale de droit publique) وإذن فهى مسئولة عن هذا التصرف باعتبارها شخصا معنويا من أشخاص القانون الخاص(personne morale de droit privé) " .

(طعن رقم ٦٩ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٣٦/٤/٢)

٢- " استقر قضاء هذه المحكمة على أن البطريرك بوصفه رئيسا لمجلس الأقباط الأرثوذكس هو الذى يختص دون غيره برسامة القسس وترقيتهم ونقلهم من كنيسة إلى أخرى وعزلهم وتجريدهم وأن الكنائس والقسس العاملين بها خاضعة لتبعيته

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ٣٧٦ .

وإشــرافه وتعتــبر العقــود المــبرمة مع هؤلاء قائمة بينهم وبين البطريركية ولو اقتضى التنظيم المالى صرف أجورهم من الهيئات أو الجمعــيات الــتى تــتولى الإدارة وأن علاقة الكاهن لدى الهيئة الكنيسية للأقباط الأرثوذكس هى علاقة عمل " .

(طعن رقم ٦٨٥ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٧/٤/٣٠)

٣- (أ)- " مؤدى نص المادتين ٥٣،٥٢ من القانون المدنى، أن مــناط ثــبوت الشخصــية الاعتبارية للهيئات والطوائف الدينية هو باعتراف الدولة اعترافا خاصا بها، بمعنى أنه يلزم صدور ترخيص أو إذن خــاص بقيام الشخصية المعنوية لكل هيئة أو طائفة دينية ، تحرزا من أن يجمع لكل داعية حوله أتباعا ويتخذ لهم نظاما خاصا وينصب نفسه رائدا لهم ، وهو اعتراف مباشر وفردى على خلاف الاعــتراف العــام الذى يتحقق بوضع المشرع ابتداء شروطا عامة مــتى توافــرت فى جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال اكتســبت الشخصية المعنوية بقوة القانون . ولئن كان لايشترط فى اعــتراف الدولة بالشخصية الاعتبارية للهيئات والطوائف الدينية أن يكــون بقــانون بــل يكفــى فــيه – وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الايضــاحية للقانون المدنى – أن يكون وفقا للقواعد المعينة فى هذا الصــدد، إلا أنــه ينــبغى أن يكــون هذا الاعتراف مبنيا على إذن وتصــريح واضحين من قبيل المصادقة على من يمثل الجهة الدينية

أو طـــبقا لما جرى عليه العرف، بحيث لايتناقض مع واقع متواضع علـــيه ، يؤيـــد هذا النظر أن مشروع القانون الذى كان يضيف إلى البطريركيات والطوائف الدينية التى تعترف بها الدولة ، والرهبنات والأديـــرة الـــتى تتمـــتع باستقلال ذاتى ولها ذمة مالية مستقلة عن الهيئات الدينية التى تتبعها وتحفظت المذكرة الإيضاحية بشأن الفقرة الأخيرة مقررة أنها لاتقصد بها القطع بالرأى فى تمتعها بالشخصية المعنوية ، غير أن لجنة الراجعة أقرت حقوقها مكتفية بوضع عبارة عامـــة تشمل جميع الهيئات والطوائف التى تعترف بها الدولة ، مما مـــؤداه أن اعتراف الدولة إنما ينصرف أصلا إلى ذلك الفريق من الـــناس الذيـــن يجمع بيبهم رباط مشترك سداه الإيمان بديانة معينة ولُحمـــته اســـتخلاص عقـــيدة من شريعة تلك الديانة دون الوحدات المتفرعة منها ما لم يجر العرف أو يصدر الإذن بإسباغ الشخصية المعنوية عليها" .

(طعن رقم ٦٢٨ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٣/٢٩)

(ب)-" طائفة الانجيليين الوطنيين قد اعترفت بها الدولة طائفة قائمة بذاتهـــا بموجب الفرمان العالى الشاهانى الصادر فى ١٨٥٠/١١/٢ وتـــأكد بـــالإرادة الخديوية السنية الصادرة فى ١٨٧٨/٦/٤ بتعيين وكيل لهذه الطائفة بالقطر المصرى ثم بالتشريع الخاص بها الصادر به الأمر العالى المؤرخ فى ١٩٠٢/٣/١ أطلق عليها فيه اسم طائفة

الانجيليين الوطنيين وقد أوردت المذكرة التفسيرية للأمر العالى سالف الإشارة أن الطائفة الانجيلية " .. تشمل جملة كنائس انجيلية، ولكن أهمها بكثير من جهة عدد الأعضاء الكنيسة المشيخية المتحدة المصرية ... والسبب فى وضع مشروع الأمر العالى الذى نحن بصدده هو ما طلبته تلك الكنيسة حديثا من نظارة الحقانية من إنشاء مجلس عمومى لها بنوع مخصوص للطائفة الإنجيلية بأجمعها وقد تعذر على نظارتى الحقانية والداخلية تعضيد هذا الطلب لأنه كان يترتب عليه حرمان الكنائس الأخرى الإنجيلية التى تقل أهمية عن هذه الكنيسة من المحكمة المختصة الآن بنظر قضاياهم المتعلقة بالأحوال الشخصية ، ولأنه نظرا لقلة عدد مشيعيها وعدم وجود نظام محلى لها فى غالب الأحوال لايتسنى إنشاء محكمة مخصوصة لكل كنيسة على حدتها ، بيد أنه لم ير مانع قوى من إيجاد مجلس عمومى مع الوكيل يكون لجميع الكنائس مندوبون فيه وتكون اختصاصاته كاختصاصات المجالس العمومية للطوائف القبطية .." مما مفاده أن المشرع اعتبر الطائفة الإنجيلية بكافة شعبها وكنائسها طائفة واحدة ، وتعمد لظروف خاصة أن يجعل اعتراف الدولة منصبا عليها كطائفة دون أن يسبغ الشخصية المعنوية على أى من كنائسها رغم تعددها ، واقتصر على المصادقة على تنصيب من يمثل المجلس العمومى للطائفة باعتباره يمثلها جميعا ، يظاهر هذا

القول أن ديباجة الأمر العالى المشار إليه أوضحت أن الغرض من إصـــداره هـــو تعييـــن الشروط اللازم توافرها فيمن يكون عضوا بالطائفة تعيينا دقيقا واضحا ومجرد إيجاد مندوبين للجمعيات الدينية على اختلاف أنواعها المشتركة فى شئون الطائفة دون أن تشير إلى الاعتراف بالشخصية الاعتبارية للكنائس المنضمة للطائفة أخذا بأن الاعــتراف هو للطائفة جميعها، لما كان ما تقدم وكانت المادة ١٢ من الأمر العالى إنما تستهدف بيان الموارد المالية للمجلس العمومى للطائفة وتبرز أن الايرادات التى تصل إلى مختلف الكنائس التابعة للطائفة إنما تسهم بها فى نفقات هذا المجلس دون أن تكون لها ذمة مالية منفصلة لأن هذه الإيرادات تعتبر مالا للطائفة الإنجيلية كلها ، وكانـــت المـــادة ٢٠ مـــن ذات الأمر إنما تبين اختصاص المجلس العمومى للطائفة دون أن يفيد أيهما أن الكنائس التابعة للطائفة والتى لهـــا مندوبيـــن بالمجلس تتمتع بالشخصية الاعتبارية أو أن لها ذمة مالـــية مستقلة ، وإذ خالف الحكم هذا النظر واعتبر أن للكنيسة التى يمثلها الطاعنان ذمة مالية مستقلة فإنه يكون معيبا " .

(طعن رقم ٦٢٨ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٣/٢٩)

٤- (أ)- " مفـــاد المادتين ٥٢ ، ٥٣ من القانون المدنى- وعلى مـــا جرى به قضاء هذه المحكمة- أن الشخصية الاعتبارية للهيئات والطوائـــف الدينية لاتثبت إلا باعتراف الدولة اعترافا خاصا بها ،

بمعــنى أنه يلزم صدور ترخيص أو إذن خاص بقيام هذه الشخصية لكل هيئة أو طائفة دينية ".

(ب)- " إذ كــان الفــرمان العالى الصادر فى ١٨ فبراير سنة ١٨٥٦ بشــأن تنظيم أمور الطوائف غير الإسلامية فى الدولة العلية تضــمن الــنص علــى حق هذه الطوائف فى أن يكون لها مجالس مخصوصة تشكل فى البطركخانات ثم أتبع ذلك صدور الأمر العالى فــى ١٤ مــن مــايو ســنة ١٨٨٣ بالتصــديق على لائحة ترتيب واختصاصات مجلس الأقباط الأرثوذكس العمومى المعدل بالقوانين ٨ لســنة ١٩٠٨ ، ٣ ســنة ١٩٧١، ٢٩ لســنة ١٩٢٧ ، ٤٨ لسنة ١٩٥٠ ، ٢٦٧ لســنة ١٩٥٥ وكــان مؤدى نصوص المادة الأولى والثانــية والثالــثة مــن هذا الأمر أن المشرع اعترف بالشخصية الاعتــبارية لطائفة الأقباط الأرثوذكس واعتبر البطريرك نائبا عنها ومعــبرا عــن إرادتها فى كل ما يختص به مجلس عمومى الأقباط الأرثوذكــس والمتعلق بمدارس وكنائس وفقراء ومطبقة هذه الطائفة وكذلك ما يخص الأوقاف الخيرية التابعة لها ، وهو ما أكده المشرع عند إصداره القرار بقانون رقم ٢٦٤ لسنة ١٩٦٠ الذى- أنشأ هيئة أوقــاف الأقــباط الأرثوذكــس وأســند لهــا اختيار واستلام قيمة الأراضـــى الموقوفــة علــى البطريرك والبطريركية والمطرانيات والأديــرة والكــنائس وجهات التعليم وجهات البر الأخرى المتعلقة

بهذه الطائفة التى يديرها مجلس يرأسه البطريرك وأشار القرار الجمهورى رقم ١٤٣٢ لسنة ١٩٦٠ بأن البطريرك يمثل هذه الهيئة قانونا ، وإذ كان القانون هو مصدر منح الشخصية الاعتبارية لطائفة الأقباط الأرثوذكس وكان تمثيل هذه الطائفة فى التقاضى هو فرع من النيابة القانونية عنها يعين مداها ويبين حدودها ومصدرها القانون ، وكان الأصل أن البطريرك هو الذى يمثل طائفة الأقباط الأرثوذكس فى المسائل السابق الإشارة إليها دون سواه ما لم يرد فى القانون نص يسند صفة النيابة فى شأن من شئونها لهيئة معينة أو شخص معين إلى غير البطريرك . لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه وقد خالف هذا النظر واعتبر أن لطائفة الأقباط الأرثوذكس بمحافظة القليوبية شخصية اعتبارية ورتب علي ذلك أن للمطعون ضده الأول أسقف الأقباط بهذه المحافظة حق تمثيلها فى التقاضى بشأن النزاع المطروح فى الدعوى مع المطعون ضده الثانى رئيس لجنة الكنيسة ودون أن يمنحها القانون هذا الحق يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه " .

(طعن رقم ١٠٤٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٠/٢/٢٢)

٤٧ـ رابعاً : الأوقاف :

اعتبرت الفقرة الثالثة من المادة " الأوقاف" من الأشخاص الاعتبارية . وهى تكون شخص اعتبارى عام .

والوقــف نظام إسلامى يعرفه جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية بأنــه حــبس العين عن أن تكون مملوكة لأحد من الناس ، وجعلها علــى حكم ملك الله تعالى ، والتصدق بريعها على جهة من جهات الخير فى الحال أوفى المآل .

وقد نظم الوقف فى مصر القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوقف ثم صدر المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الذى ألغى نظــام الوقــف علــى غير الخيرات. والوقف إذا قربناه من إحدى الصــور المألوفــة للشخص الاعتبارى وجدناه يقترب من المؤسسة باعتــباره مثلها مجموعة من الأموال وله غرض من أغراض البر ولكنه مع ذلك له قواعده والخاصة التى تجعله يختلف عن المؤسسة. ولذلك نص القانون المدنى فى المادة ٧٨ – قبل إلغائها– على أنه " لاتســرى الأحكام الخاصة بالمؤسسات الواردة فى هذا القانون على ما أنشئ منها بطريق الوقف ".

والأمــوال الموقوفــة تصبح غير قابلة للتصرف فيها . ويقول جمهور فقهاء الشرع الإسلامى أنها تكون على حكم ملك الله تعالى. وبيع هذه الأموال لاستبدال غيرها بها مجرد إحلال عين بدل عين . والمستحق فى الوقف يكون حقه قاصرا على الريع . وناظر الوقف يولــى من قبل الواقف أومن قبل القاضى، وهو يستمد ولايته ممن ولاه، ويعتــبر وكــيلا عــن المستحق . ومن هذا يتبين أن للوقف

أحكامــه الخاصــة التى لاتتفق مع جعله شخصا اعتباريا . إلا أن القضــاء جــرى قــبل صدور القانون المدنى الجديد ، على اعتبار الوقف شخصا اعتباريا ، نزولا منه عند حكم الضرورات العملية . وذلــك كــى يصل إلى اعتبار ناظر الوقف نائبا عن جهة الوقف لا عــن المســتحقين، حــتى يكون للوقف ذمة تسأل عن ديون الوقف ولايســأل عــنها المســتحقون . مــع أن الفقه الإسلامى لا يعرف الشخصية الاعتبارية كما أن فقهاء الحنفية لايجعلون للوقف ذمة[1] .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الوقــف شخصــية مســتقلة عن الناظر وعن المستحقين، وثمــرة أعــيانه مملوكة له يستوفى هو منها ما يلزم للمحافظة على كــيانه ، من أموال لجهة الحكومة وترميم فى الأعيان وإصلاح فيها مما فيه دوام لها ولمنفعتها ، وما فضل بعد ذلك هو الواجب توزيعه علــى أصحاب المنفعة من المستحقين ، أشخاصا بأعيانهم كانوا أو جهــات بــر ، ولا شــئ للمســتحقين إلا فيما فاض من الغلة بعد المصاريف وتوفية تلك الاستحقاقات المعروفة بالبداءات .

وعلــى ذلــك فلــيس لدائــن المستحق فى الوقف أن يعمد إلى المحصــولات الزراعية الناتجة من أرض الوقف فيحجز عليها فى

---

(١) إلا أن الشــافعية والمالكــية جعلوا جهة الوقف أهلا للتملك . فاثبتوا لها الذمة وهذا لايستقيم واعتبار الوقف وكيلا عن المستحقين

مخــازن الوقــف حجزا تنفيذيا على اعتبار أنها مملوكة ملكا خاصا لمدينه ، فإن حجز عليها كذلك فحجزه باطل ".

(طعن رقم ٧٣ لسنة ٣ ق جلسة ١٩٣٤/٤/٢٦)

٢- "الوقــف بأحكامــه المقررة فى الفقه الإسلامى هو فى فقه القــانون المدنــى شخص اعتبارى تكاملت فيه مقومات الشخصية القانونــية . والشخص الاعتبارى كما أن له وجودا افترضه القانون لــه إرادة مفترضة هى إرادة الشخص الطبيعى الذى يمثله . فالخطأ الذى يقع من ممثله بصفته هذه يعتبر بالنسبة إلى الغير الذى أصابه الضــرر خطــأ مــن الشــخص الاعتبارى . فالحكم الذى يرتب المســئولية على جهة الوقف عن خطأ وقع من الناظر عملا بالمادة ١٥١ من القانون المدنى لايكون مخطئا " .

(طعن رقم ٥٤ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/٣/١١)

٤٨ـ خامساً : الشركات التجارية والمدنية :

ورد بالمادة ضمن الأشخاص الاعتبارية : " الشركات التجارية والمدنية " .

والشــركة عقد يلتزم فيه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم فــى مشروع مالى بتقديم حصة من مال أو عمل لاقتسام ما قد ينشأ من هذا المشروع من ربح أو خسارة (م٥٠٥ مدنى) .

والشـــركات إمـــا أن تكـــون شركات مدنية تقوم بصفة رئيسية بالأعمال المدنية كالاستغلال الزراعى وإصلاح الأراضى ، وإما أن تكـــون شركات تجارية تتكون بقصد القيام بأعمال تجارية كعمليات البـــنوك والـــنقل والتأمين وما إلى ذلك ، وإذ كانت الشركة تكسب الشخصـــية القانونـــية بمجرد تكوينها فإنه لايحتج بها على الغير إلا بعـــد استيفاء إجراءات النشر أو الشهر التى يحددها القانون ، ما لم يكن من مصلحة الغير الاحتجاج بشخصية الشركة قبل استيفاء هذه الإجراءات .

والشركات التجارية قد تأخذ أحد الأشكال الآتية :

١- شركة التضامن :

هى الشركة التى يعقدها اثنان أو أكثر بقصد الاتجار على وجه الشـــركة بيـــنهم بعنوان مخصوص يكون اسما لها (م٢٠ من قانون الـــتجارة القديم الواردة فى الفصل الخاص بالشركات – والذى أبقى علـــيه القـــانون الجديد) . **واسم واحد من الشركاء أو أكثر يكون عنوانا للشركة (م٢١) .**

والشركاء فى شركة التضامن متضامنون لجميع تعهداتها ولو لم يحصـــل وضع الإمضاء عليها إلا من أحدهم إنما يشترط أن يكون هذا الإمضاء بعنوان الشركة (م٢٢) .

ووفاة أحد الشركاء يؤدى من حيث المبدأ إلى انقضاء الشركة .

٢ـ شركة التوصية :

شركة التوصية هى الشركة التى تعقد بين شريك واحد أو أكثر مسـئولين ومتضامنين وبين شريك واحد أو أكثر يكونون أصحاب أموال فيها وخارجين عن الإدارة ويسمون " موصون " (م٢٣).

وتكـون إدارة هذه الشركة بعنوان ويلزم أن يكون هذا العنوان اسم واحد أو أكثر من الشركاء المسئولين المتضامنين (م٢٤) .

والشركاء الموصون لايلزمهم من الخسارة التى تحصل إلا بقدر المال الذى دفعوه أو الذى كان يلزمهم دفعه إلى الشركة (م٢٧) .

٣ـ شركة المساهمة :

هـى الشركة التى لا تكون شخصية الشركاء فيها محل اعتبار، بل يكون الاعتبار لرأس المال .

ويـنظم شـركات المسـاهمة القـانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ (المعـدل) بإصـدار قـانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسـهم والشـركات ذات المسئولية المحدودة . وشركة المساهمة ينقسـم رأسمالها إلى أسهم متساوية القيمة يمكن تداولها على الوجه المبين فى القانون .

وتقتصـر مسـئولية المساهم على أداء قيمة الأسهم التى اكتتب فـيها ولايسـأل عـن ديون الشركة إلا فى حدود ما اكتتب فيه من أسهم.

ويكــون للشــركة اسم تجارى يشتق من الغرض من إنشائها ، ولايجوز للشركة أن تتخذ من أسماء الشركاء أو اسم أحدهم عنوانا لها (م٢ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ المعدل).

٤ـ شركة التوصية بالأسهم :

شركة التوصية بالأسهم هى شركة يتكون رأس مالها من حصة أو أكــثر يملكهــا شريك متضامن أو أكثر . وأسهم متساوية القيمة يكتتــب فــيها مســاهم أو أكثر ، ويمكن تداولها على الوجه المبين بالقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ .

ويســأل الشريك أو الشركاء المتضامنون عن التزامات الشركة مســئولية غير محدودة ، أما الشريك المساهم فلا يكون مسئولا إلا فى حدود قيمة الأسهم التى اكتتب فيها .

ويــتكون عــنوان الشــركة مــن اسم واحد أو أكثر من أسماء الشركاء المتضامنين دون غيرهم (م٣).

٥ـ الشركة ذات المسئولية المحدودة :

الشركة ذات المسئولية المحدودة هى شركة لايزيد عدد الشركاء فيها على خمسين شريكا لايكون كل منهم مسئولا إلا بقدر حصته .

ولايجــوز تأســيس الشــركة أو زيادة رأسمالها أو الاقتراض لحســابها عن طريق الاكتتاب العام ، ولايجوز لها إصدار أسهم أو ســندات قابلة للتداول ، ويكون انتقال حصص الشركاء فيها خاضعا

لاسترداد الشركاء طبقا للشروط الخاصة التى يتضمنها عقد الشركة، فضلا عن الشروط المقررة فى القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١.

وللشركة أن تتخذ اسما خاصا ، ويجوز أن يكون اسمها مستمدا من غرضها ، ويجوز أن يتضمن عنوانها اسم شريك أو أكثر (م٤)[1].

٤٩ـ متى تثبت الشخصية الاعتبارية للشركة ؟

تتكون الشركة بعقد يتم بين الأشخاص الذى يتفقون على إنشائها.

وتشترط المادة ٥٠٧ مدنى أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا .

وتثبت الشخصية الاعتبارية للشركة بمجرد تكوينها . ولكن لايتمسك بهذه الشخصية ضد الغير ، إلا بعد إجراء النشر عن الشركة ، على النحو الذى يحدده القانون . وذلك دون إخلال بحق الغير فى التمسك بثبوت هذه الشخصية برغم عدم إجراء النشر عنها، إذا كانت لهم فى ذلك مصلحة .

---

(١) أما شركات المحاصة فلا تثبت لها الشخصية الاعتبارية . وهذه الشركات هى التى تقوم ما بين الشركاء وحدهم ولا تكون شركة فى حق الغير ، فيكون من عقد من الشركاء المحاصين عقدا مع الغير مسئولا عنه وحده دون غيره من الشركاء المحاصين ، ثم تقسم على الشركاء الأرباح والخسائر التى تنشأ عن أعمالهم ، سواء حصلت منهم منفردين أو مجتمعين ، وذلك على حسب الشروط المتفق عليها فى عقد الشركة .

وإذا كانت القاعدة العامة هى أن تكوين الشركة يتم بمجرد قيام عقـد تأسيسها ، إلا أنه يستثنى من ذلك الحكم شركات المساهمة ، حيث يلزم لتكونيها ، إلى جانب إبرام عقد تأسيسها ، أن يصدر بها قرار جمهورى يعترف بوجودها (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- كـل شـركة تجاريـة غير شركة المحاصة تعد في مصر شخصـا اعتباريا . والجنسية كما هى من لوازم الشخص الطبيعى هـى مـن لـوازم الشخص الاعتبارى ، فكل شركة تجارية – عدا المحاصـة – لابدلها من جنسية يتحدد بها وصفها القانونى . وهذه الجنسية يعينها القانون " .

(طعن رقم ١٤٢ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٦/١/٣١)

٢- " متى كان الثابت أن الشركة (الدائنة الأصلية) قد اندمجت قـبل رفـع الدعوى فى الشركة المطعون ضدها اندماجا كليا وكان يترتب على هذا الاندماج انقضاء الشركة المندمجة وزوال شخصيتها وبالـتالى انـتهاء سلطة مديرها وزوال كل صفةله فى تمثيلها وفى التصـرف فـى حقوقها ومن بينها الحق المطالب به ولم يعدله حق المطالبة بإثبات الوفاء المدعى به من الطاعن يكون غير جائز قانونا وبالتالى يكون الحكم المطعون فيه على حق إذارفض توجيه اليمين ".

(طعن رقم ٢٨٤ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/١٢/٧)

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٦٢ ومابعدها – عبد الودود يحيى ص ٩٤.

٣- " إذا اعتـبرت المادة الرابعة من القانون ٢٤٤ لسنة ١٩٦٠ الشـركة المـندمج فيها أو الشركة الناتجة عن الاندماج خلفا عاما للشـركات المندمجة وتحل محلها حلولا قانونيا فيما لها وما عليها ، فإنه يترتب على الإدماج - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن تـنمحى شخصية الشركة المندمجة وتؤول إلى الشركة الدامجة وحدهـا جمـيع الحقوق والالتزامات الخاصة بالشركة الأولى بعد انقضـائها . وإذ كـان الثابـت أنه قد اجتمعت فى شخص الشركة الجديـدة ، صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين البنك - الطاعن- فإنه ينقضى بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة على ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٣٧٠ من القانون المدنى " .

(طعن رقم ٧٦ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٥/٢١)

٤- " مـؤدى القانون ١١٧ لسنة ١٩٦١ بتأميم بعض الشركات والمنشـآت ومذكـرته الإيضاحية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الشارع لم يشأ انقضاء المشروع المؤمم بمقتضى هذا القـانون ، بـل رأى الإبقـاء على شكله القانونى ، واستمراره فى ممارسة نشاطه مع إخضاعه للجهة الإدارية التى يرى إلحاقه بها .

وهذا الإشراف لايعنى زوال شخصية المشروع المؤمم بل تظل لـه شخصـيته المعـنوية التى كانت له قبل التأميم ، وذمته المالية المسـتقلة بما عساه يكون عالقا بها من التزامات ، فيسأل المشروع

مسئولية كاملة عن جميع التزاماته السابقة على التأميم كنتيجة حتمية لاستمرار شخصيته المعنوية ، ولايغير من ذلك أيلولة أسهم الشركات المؤممة إلى الدولة ، مع تحديد مسئوليتها عن التزاماتها السابقة فى حدود ما آل إليها من أموالها وحقوقها فى تاريخ التأميم. ذلك أن مسئولية الدولة – وقد أصبحت المساهم الوحيد بعد أن آلت إليها ملكية جميع الأسهم – لاتعدو أن تكون تطبيقا للقواعد العامة فى مسئولية المساهم الذى لايسأل أثناء قيام الشركة عن التزاماتها، وإنما تتحدد مسئوليته عند التصفية بقيمة ما يملكه من أسهم " .

(طعن رقم ٣٠٦ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/١٢/٣٠)

٥- " لشركات الأشخاص سواء كانت شركات تضامن أو شركات توصية شخصية معنوية مستقلة عن أشخاص الشركاء فيها وهو ما يستتبع انفصال ذمتها عن ذممهم فتكون أموالها مستقلة عن أموالهم وتعتبر ضمانا عاما لدائنيها وحدهم ولايجوز لدائنى الشركاء التنفيذ على أموال الشركة مزاحمين بذلك دائنيها وإنما يجوز لهم أن ينفذوا على ما يدخل فى ذمة الشريك من أموال الشركة كحصة فى الأرباح أو نصيبه الصافى مما يتبقى من أموالها بعد التصفية ولذلك نص المشرع فى المادة ٥٣٣ من التقنين المدنى على بقاء الشخصية المعنوية للشركة فى حدود ما تتطلبه أغراض التصفية كإنجاز الأعمال الجارية واستيفاء حقوق الشركة ووفاء ديونها فإذا أنجز

المصفى هذه الأعمال يصبح الشركاء ملاكا على الشيوع للصافى من أموالها وتتم قسمته بينهم أما قبل ذلك فلا يجوز الحجز على أموال الشركة استيفاء لدين على الشركاء . لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض طلب بطلان الحجوز الموقعة على عقارين مملوكين للشركة وفاء لديون مستحقة على الشركاء بمقولة أن الشركة قد انفضت لاستغراق أموالها بالديون وأنه لا حاجة لتصفيتها مع أيلولة أموالها إلى الشركاء محملة بالديون المستحقة على الشركة يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه " .

(طعن رقم ٤٤٠ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٧/٣/٢٨)

٦- " مؤدى القانون رقم ١١٧ سنة ١٩٦١ بتأميم بعض الشركات والمنشآت وقوانين التأميم اللاحقة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع لم يشأ انقضاء الشركة او المنشأة المؤممة بمقتضى هذه القوانين بل رأى الإبقاء على شكلها القانونى واستمرارها فى ممارسة نشاطها مع إخضاعها للجهة الإدارية التى يرى إلحاقها بها ، وهذا الإشراف لايعنى زوال شخصية الشركة أو المنشأة المؤممة بل تظل شخصيتها المعنوية التى كانت لها قبل التأميم وذمتها المالية المستقلة بما عساه يكون عالقا بها من التزامات فتسأل الشركة المؤممة مسئولية كاملة عن جميع التزاماتها السابقة على التأميم كنتيجة حتمية لاستمرار شخصيتها المعنوية، ولايغير

مـــن ذلك أيلولة ملكية أسهم الشركات المؤممة إلى الدولة مع تحديد مســئوليتها عن التزاماتها السابقة فى حدود ما آل إليها من أموالها وحقوقها فى تاريخ التأميم ، ذلك أن مسئولية الدولة – وقد أصبحت المســاهم الوحيد بعد أن آلت إليها ملكية الشركة المؤممة – لاتعدو أن تكــون تطبــيقا للقواعد العامة فى مسئولية المساهم الذى لايسأل أثــناء قيام الشركة عن التزاماتها وإنما تتحدد مسئوليته عند التصفية بقــيمة مـــا يملكه من أسهم ، لما كان ما تقدم فإن مسئولية أصحاب الشــركة المؤممـــة السابقين عن ديونها فيما زاد على أصولها التى آلــت إلـــى الدولـــة ولاتقــوم إلا عند تصفيتها لتغطية ما يزيد عن مســئوليته ، لما كان ذلك وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فــيه أن الشــركة المؤممة ظلت تزاول نشاطها بعد التأميم ولم تتم تصــفيتها فإنها تظل مسئولية وحدها مسئولية كاملةعن كافة ديونها السابقة على التأميم ولايغير من ذلك. إدماجها بعد تأميمها فى شركة .... ذلــك أن إدماج الشركة بطريق الضم وإن كان يترتب عليه أن تنقضـــى الشـــركة المندمجة وتنمحى شخصيتها الاعتبارية وذمتها المالـــية إلا أن الشـــركة الدامجة تحل محلها فيما لها من حقوق وما علـــيها مـــن الـــتزامات وتخلفها بذلك خلافه عامة، وإذ أقام الحكم المطعـــون فيه قضاءه بإلزام الطاعنين بالدين المقضى به على سند من المادة الرابعة من القانون رقم ٧٢ لسنة ١٩٦٣ التى تنص على

مسئولية أصحاب الشركة أو المنشأة المؤممة السابقين فيما زاد عن ديونهـا السـابقة على التأميم من قيمة أصولها التى آلت إلى الدولة بالـرغم مـن ثـبوت استمرار الشركة المؤممة فى مزاولة نشاطها وعدم تصفيتها فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٢٢٦ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٨/٦/١٢)

٧- (أ)- " الشخصـية المعنوية تثبت لجميع الشركات المدنية والـتجارية على السواء أيا كان الشكل الذى تتخذه فيما عدا شركات المحاصة " .

(ب)- " لما كان الشريك لايعتبر مالكا على الشيوع إلا إذا كانت الشـركة ليسـت لهـا شخصية معنوية أو كانت لها شخصيتها ثم انقضـت وكانت الشركة الفعلية تحتفظ بالشخصية المعنوية . وكان الثابـت فـى الدعوى – على ما حصله الحكم المطعون فيه – أن الشـركة القائمـة بيـن المطعون ضدهم الخمسة الأول هى شركة تضـامن لم تشهر ومن ثم فهى شركة فعلية وبالتالى فإن الشخصية المعـنوية تثبت لها بمجرد تكوينها وتكون حصة الشريك فى مالها غير شائعة " .

(طعن رقم ٩٢٤ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨١/١٢/٢٨)

٨- " النص فى المادة ٥٠٥ من القانون المدنى على أن "الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم فى مشروع

مـــالى ، بتقديم حصة من مال أو من عمل، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو من خسارة ، وفى المادة ٥٠٩ من القانون ذاتـــه على أن " لايجوز أن تقتصر حصة الشريك على ما يكون له من نقود ، أو على ما يتمتع به من ثقة مالية " يدل على أنه لابد أن يساهم كل شريك بحصة فى رأس مال الشركة ، والحصة قد تكون نقودا أو أوراقا مالية أو منقولات أو عقارات أو حق انتفاع أو عملا أو اســما تجاريـــا أو براءة اختراع أو دينا فى ذمة الغير، وبصفة عامـــة كل ما يصلح أن يكون محلا للالتزام يصح أن يكون حصة فى الشركة " .

(طعن رقم ١٠١٣٢ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٦/٦/٢٥)

٥٠ـ سادسا : الجمعيات والمؤسسات :

اعتـــبر نص المادة ٥/٥٢ مدنى الجمعيات والمؤسسات المنشأة وفقـــا للأحكـــام التى ستأتي فيما بعد ، من الأشخاص الاعتبارية . والأحكـــام الـــتى يشـــير إليها النص هى المواد من ٥٤ إلى ٨٠ من التقنيـــن المدنى، وهذه المواد ألغيت بموجب القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ (بإصدار قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة) والذى حل محلـــه القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ (بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصـــة) ثـــم ألغـــى وحـــل محله القانون رقم ١٥٣ لسنة ١٩٩٩

(بإصـــدار قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصـة) ، وقد قضى بعدم دسـتورية القـانون الأخـير لسبب شكلى بتاريخ ٢٠٠٠/٦/٣ فى القضـية رقم ١٥٣ لسنة ٢١ قضائية "دستورية" (الجريدة الرسمية العـدد ٢٤ فــى ٢٠٠٠/٦/١٧). فأصدر المشرع القانون رقم ٨٤ لسـنة ٢٠٠٢ (بشـأن الجمعـيات والمؤسسات الأهلية) ، ولذلك سـتكون دراستنا للجمعيات والمؤسسات الأهلية على ضوء القانون الأخير .

(أ) الجمعيـات :

٥١ ـ تعريف الجمعية :

تعتـبر جمعية فى تطبيق أحكام القانون (القانون رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٢) كـل جماعـة ذات تنظيم مستمر لمدة معينة أو غير معينة تـتألف من أشخاص طبيعيين ، أو أشخاص اعتبارية أو منهما معا لايقـل عددهـم فى جميع الأحوال عن عشرة ، وذلك لغرض غير الحصول على ربح مادى (م١).

ومـن هذا التعريف يتبين أنه لكى تكون هناك جمعية يجب أن تتوافر العناصر الآتية :

١- جماعـة مـن الأشـخاص ، ويسـتوى فى هذا أن يكون الأشخاص الذين تتكون منهم الجماعة أشخاصا طبيعيين أم أشخاصا اعتباريين أم منهما معا ، ويجب ألا يقل عددهم عن عشرة .

٢- تنظيم مستمر لمدة معينة أو غير معينة . فيجب لاعتبار الجماعة شخصية اعتبارية أن تكون لها صفة الاستمرار . وعلى ذلك فالاجتماعات العارضة فى المساجد أو فى النوادى أو للقيام برحلة لاتضفى على المجتمعين صفة الجمعية وبالتالى لاتعتبر هذه الجماعات أشخاصا اعتبارية .

٣- غرض تريد الجماعة تحقيقه . ويشترط فى هذا الغرض أن يكون غير مادى . وهذا ما يفرق بين الجمعية والشركة، إذ الأخيرة تهدف إلى تحقيق ربح مادى [١].

٥٢ـ إنشاء الجمعية :

نظرا لما للجمعيات من قوة تستطيع أن تؤثر بها فى المجتمع تأثيرا قد يكون حسنا وقد يكون سيئا ، رأت كثير من الدول الحديثة ضرورة تنظيمها وبيان شروط كسبها للشخصية القانونية . وتختلف هذه الشروط فى شدتها تبعا لدرجة استعداد كل دولة لتشجيع تأليف الجمعيات .

وتنص الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون على أن : "يشترط فى إنشاء الجمعية أن يكون لها نظام أساسى مكتوب وموقع عليه من المؤسسين وأن تتخذ لمركز إدارتها مقرا ملائما فى

---

(١) عبد الودود يحيى ص ٩٥ ومابعدها – الدكتور سليمان مرقس المدخل للعلوم القانونية الطبعة الرابعة ١٩٦١ ص ٥١٦ ومابعدها .

جمهوريــة مصر العربية " أى أنها تجعل الاتفاق على إنشاء جمعية اتفاقــا شــكليا بمعنى أنه لاينعقد إلا بالكتابة ، فالكتابة شرط انعقاد وليست للإثبات (١).

٥٣ـ بدء شخصية الجمعيـة :

يجــب أن يكــون طلــب قيد ملخص النظام الأساسى للجمعية محررا على النموذج المعد لذلك مصحوبا بالمستندات الآتية :

١- نســختان مــن النظام الأساسى للجمعية موقعا عليهما من جميع المؤسسين .

٢- إقــرار مــن كــل عضو مؤسس متضمنا استيفاء الشروط المنصــوص علــيها فى المادة (٢) والبيانات الواردة بالبند (د) من المادة (٣) من هذا القانون .

٣- سند شغل مقر الجمعية .

وعلى الجهة الإدارية إثبات تاريخ تقديم طلب القيد على صورة منه تسلم إلى الطالب مع قيده فى سجل خاص لديها .

وتحــدد اللائحــة التنفــيذية لهذا القانون إجراءات تقديم الطلب والرســم الواجب أداؤه مقابل قيد نظام الجمعية فى السجل الخاص بمــا لايــزيد علــى مائــة جنيه تؤول حصيلته إلى صندوق إعادة

---

(١) الدكتور عبد المنعم الصده نظرية الحق ١٩٤٩ ص ١٣٢ – حسن كيره ص ٦٨١ .

الجمعيات والمؤسسات الأهلية ، ويرفق باللائحة نموذج لطلب القيد المشار إليه (م٥) .

وتلتزم الجهة الإدارية بقيد ملخص النظام الأساسى للجمعية فى السجل الخاص المعد لذلك خلال ستين يوما من تاريخ قيام ممثل جماعة المؤسسين بتقديم طلب القيد مصحوبا بالمستندات المشار إليها سلفا ، فإذا مضت الستون يوما دون إتمامه اعتبر القيد واقعا بحكم القانون .

وتثبت الشخصية الاعتبارية للجمعية بإجراء هذا القيد أو بمضى ستين يوما من تاريخ قيام ممثل جماعة المؤسسين بتقديم طلب القيد مستوفيا ، أيهما أقرب (م٦/١، ٢) وعلى الجهة الإدارية اتخاذ إجراءات نشر ملخص النظام الأساسى للجمعية بالوقائع المصرية خلال ستين يوما من تاريخ ثبوت الشخصية الاعتبارية للجمعية ، ويكون النشر بغير مقابل (م٦/٥) .

ومفاد ذلك أن الشخصية الاعتبارية للجمعية تثبت بقيد ملخص النظام الأساسى للجمعية فى السجل الخاص المعد لذلك ، أو بمضى ستين يوما من تاريخ قيام ممثل جماعة المؤسسين بتقديم طلب القيد مستوفيا ، إذا لم يتم قيده ، والعبرة بأقرب الأمرين .

ولايترتب على تأخير النشر بالوقائع المصرية تأخير بدء شخصية الجمعية وعلى ذلك فإن الجمعية وهى فى دور التأسيس وقبل قيدها ، لاتؤول إليها الحقوق والالتزامات التى ترتبت فى هذه

الفــترة ولكــن للجمعية أن تقر هذه التصرفات ، وبهذا التصرف تكسب تلك الحقوق وتسأل عن هذه الالتزامات إن ترتبت وليس منذ اكتمال قيدها [١].

وكانــت الفقــرة الأولى من المادة ٥٨ من التقنين المدنى – قبل إلغــاء المــادة – تقرر ثبوت الشخصية الاعتبارية للجمعية بمجرد إنشــائها أى بــتحرير نظامهــا . وكانــت الفقرة الثالثة منها تعلق الاحــتجاج بهــذه الشخصية فى مواجهة الغير على شهر نظامها . غــير أن الشـــهر كان مقررا لحماية الغير ، ولذلك كان يستطيع – رغــم إهمــال الشهر – التمسك ضد الحمعية بالآثار المترتبة على شخصيتها الاعتبارية (م٥٩/٢ الملغاة) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" يقضـــى القــانون رقــم ٣٨٤ لســنة ١٩٥٦ بشأن الجمعيات والمؤسســات الخاصـــة فى مادته السابعة بأن الشخصية الاعتبارية للجمعية لا تثبت إلا إذا شهر نظامها ومن ثم فإن اندماج جمعية ذات شخصـــية اعتــبارية فـــى جمعية جديدة لايثبت به زوال الشخصية الاعتــبارية عن الجمعية المندمجة وخلافه الجمعية الدامجة لها فى شخصيتها إلا بشهر نظام هذه الجمعية الأخيرة بوصفها خلفاً للجمعية الأولـــى وإلـــى أن يتم الشهر لايثبت الاستخلاف بين الجمعيتين فى

---

(١) المستشـــار أنـــور طلبه المطول فى شرح القانون المدنى الجزء الثانى الطبعة الأول ٢٠٠٤ ص ٦٦ .

الشخصـــية الاعتـــبارية وتبقى هذه الشخصية لاصقة بالجمعية التى كانت لها أصلاً " .

(طعن رقم ٣٠٤ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٥/٢٤)

٥٤ ـ أغـراض الجمعيات :

تعمـــل الجمعـــيات على تحقيق أغراضها فى الميادين المختلفة لتنمـــية المجـــتمع وفقـــا للقواعد والإجراءات التى يحددها القانون واللائحة التنفيذية، ويجوز للجمعية بعد أخذ رأى الاتحادات المختصة وموافقـــة الجهـــة الإداريـــة أن تعمل فى أكثر من ميدان (م١/١١) ومـــثال هذه الجمعيات : الجمعيات الخيرية أو الثقافية أو العلمية أو الاجتماعـــية ويحظر إنشاء الجمعيات السرية ، كما يحظر أن يكون من بين أغراض الجمعية أن تمارس نشاطا مما يأتى :

١- تكويـــن الســـرايا أو التشـــكيلات العسكرية أو ذات الطابع العسكرى .

٢- تهديـــد الوحدة الوطنية أو مخالفة النظام العام أو الآداب أو الدعوة إلى التمييز بين المواطنين بسبب الجنس أو الأصل أو اللون أو اللغة أو الدين أو العقيدة.

٣- أى نشـــاط سياسى تقتصر ممارسته على الأحزاب السياسية وفقـــا لقـــانون الأحـــزاب ، وأى نشاط نقابى تقتصر ممارسته على النقابات وفقا لقوانين النقابات .

٤- اســتهداف تحقيق ربح أو ممارسة نشاط ينصرف إلى ذلك، ولايعــد اتــباع الضــوابط التجارية لتحقيق ناتج يساهم فى تحقيق أغراض الجمعية نشاطا مخالفا (م ١١) .

٥٥ ـ النظام الأساسى للجمعية :

يشــترط فــى إنشاء الجمعية أن يكون لها نظام أساسى مكتوب وموقع عليه من المؤسسين وأن تتخذ لمركز إدارتها مقرا ملائما فى جمهورية مصر العربية (م٢/١) .

ويجب أن يشتمل النظام الأساسى للجمعية على البيانات الآتية:

(أ) اسم الجمعية على أن يكون مشتقا من غرضها ، وغير مؤد إلــى اللبس بينها وبين جمعية أخرى تشترك معها فى نطاق عملها الجغرافى .

(ب) نوع وميدان ونشاط الجمعية ونطاق عملها الجغرافى .

(ج) عنوان المقر المتخذ مركزا لإدارة الجمعية .

(د) اسم كل عضو من الأعضاء المؤسسين ولقبه وسنه وجنسيته ومهنته ومحل إقامته .

(هـ) موارد الجمعية وطريقة استغلالها والتصرف فيها .

(د) أجهزة الجمعية التى تمثلها ، واختصاصات كل منها، وكيفية اختــيار أعضــائها وطرق عزلهم أو إسقاط أو إبطال عضويتهم ، والنصاب اللازم لصحة انعقاد هذه **الأجهزة** وصحة قراراتها .

(ز) نظـــام العضـــوية وشروطها وحقوق الأعضاء وواجباتهم، وعلـــى الأخص حق كل عضو فى الاطلاع على مستندات الجمعية وحضور الجمعية العمومية والتصويت فيها .

(ح) نظام المراقبة المالية .

(ط) قواعـــد تعديـــل النظام الأساسى للجمعية وتكوين فروع لها وأحـــوال انقضاء الجمعية والجهات التى تؤول إليها أموالها فى هذه الأحوال .

(ى) تحديد المختص بطلب اكتساب الجمعية صفة النفع العام .

(ك) تحديد ممثل جماعة المؤسسين فى اتخاذ إجراءات التأسيس.

ويـــرفق باللائحـــة التنفيذية للقانون نظام أساسى نموذجى يجوز للجمعيات اتباعه (م٣) .

وقـــد تضـــمنت اللائحـــة التنفيذية للقانون الصادرة بقرار وزير التأميـــنات والشـــئون الاجتماعـــية رقـــم ١٧٠ لسنة ٢٠٠٢ النظام النموذجى المشار إليه .

٥٦ـ الأجهزة التى تديـر الجمعيـة :

١ـ الجمعية العمومية :

تـــتكون الجمعـــية العمومـــية للجمعية وفقا للمادة ٢٤ من جميع الأعضـــاء العامليـــن الذين مضت على عضويتهم ستة أشهر على الأقـــل وأوفـــوا بالالتزامات المفروضة عليهم وفقا للنظام الأساسى للجمعية .

والمكـــان الـــذى تعقـــد فيه الجمعية العمومية هو مقر المركز الرئيســـى للجمعية ، كما يجوز لها أن تنعقد فى أى مكان آخر يحدد فى الدعوة المرفق بها جدول الأعمال ، وترسل نسخة من الأوراق المطـــروحة على الجمعية العمومية إلى الجهة الإدارية وإلى الاتحاد الذى تكون الجمعية منضمة إليه قبل الانعقاد بخمسة عشر يوما على الأقل وللاتحاد أن ينيب عنه من يحضر الاجتماع . (م٢٦/١) .

ويجـــوز للجمعـــية العمومية النظر فى غير المسائل الواردة فى جدول الأعمال بموافقة الأغلبية المطلقة لمجموع عدد أعضائها .

ويجـــب إبلاغ كل من الجهة الإدارية والاتحاد المختص بصورة مـــن محضر اجتماع الجمعية العمومية خلال ثلاثين يوما من تاريخ انعقاده (م٢٦/٢، ٣) .

وتنعقد الجمعية العمومية بدعوة كتابية لكل من أعضائها الذين لهـــم حـــق الحضـــور ، يبين فيها مكان الاجتماع وموعده وجدول الأعمال، وتوجه هذه الدعوة من :

(أ) مجلس الإدارة .

(ب) مـــن يفوضـــه (٢٥%) مـــن عدد الأعضاء الذين لهم حق حضور الجمعية العمومية .

(ج) المفوض المعين طبقا للمادة (٤) من هذا القانون .

(د) الجهة الإدارية إذا رأت ضرورة لذلك (م٢٥) .

ويجب دعوة الجمعية العمومية لاجتماع عادى مرة كل سنة على الأقل خلال الأربعة الأشهر التالية لانتهاء السنة المالية للجمعية ، وذلك للنظر فى الميزانية والحساب الختامى وتقرير مجلس الإدارة عن أعمال السنة وتقرير مراقب الحسابات ، ولانتخاب أعضاء مجلس الإدارة بدلا من الذين زالت أو انتهت عضويتهم ، ولتعيين مراقب الحسابات وتحديد أتعابه ولغير ذلك مما يرى مجلس الإدارة إدارجه فى جدول الأعمال ، كما يجوز دعوة الجمعية العمومية لاجتماع عادى كلما اقتضت الضرورة ذلك . وتدعى الجمعية العمومية لاجتماعات غير عادية للنظر فى تعديل النظام الأساسى للجمعية أو حلها أو اندماجها فى غيرها أو عزل كل أو بعض أعضاء مجلس الإدارة أو لغير ذلك من المسائل التى يحدد النظام الأساسى للجمعية وجوب نظرها فى اجتماع غير عادى (م٢٧) .

ويعتبر اجتماع الجمعية العمومية صحيحا بحضور الأغلبية المطلقة لأعضائها أى النصف + زائد واحد ، فإن لم يتكامل العدد أجل الاجتماع إلى جلسة أخرى تعقد خلال مدة أقلها ساعة وأقصاها خمسة عشر يوما من تاريخ الاجتماع الأول تبعا لما يحدده النظام الأساسى للجمعية ، ويكون الانعقاد فى هذه الحالة صحيحا إذا حضره- بأنفسهم عدد لايقل عن عشرة فى المائة من الأعضاء أو عشرين عضوا أيهما أقل بحيث لايقل عدد الحاضرين فى الحالة الأولى عن خمسة أعضاء (م٢٨).

ولعضـــو الجمعية العمومية أن ينيب عنه كتابة عضو آخر يمثله فـــى حضـــور الجمعـــية العمومية وفقا للقواعد التى يقررها النظام الأساســـى للجمعـــية ولايجوز أن ينوب العضو عن أكثر من عضو واحد (م ٢٩) .

ولايجـــوز لعضو الجمعية العمومية الاشتراك فى التصويت إذا كانـــت له مصـــلحة شخصية فى القرار المعروض وذلك فيما عدا انتخاب أجهزة الجمعية (م٣٠) .

وتصـــدر قـــرارات الجمعية العمومية العادية بالأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين (م١/٣١) .

وتصدر قرارات الجمعية العمومية غير العادية بالأغلبية المطلقة لعـــدد أعضاء الجمعية ما لم ينص النظام الأساسى على أغلبية أكبر (م٢/٣١) .

٢ـ مجـلس الإدارة :

يكـــون لكـــل جمعـــية مجلـــس إدارة يتكون من عدد فردى من الأعضاء لايقل عن خمسة ولايزيد على خمسة عشر وفقا لما يحدده الـــنظام الأساســـى، تنتخـــبهم الجمعـــية العمومية لدورة مدتها ست ســـنوات، علـــى أن يجرى تجديد انتخاب ثلث أعضاء المجلس بدلا ممن تنتهى عضويتهم بطريق القرعة كل سنتين (م١/٣٢).

ويجب فى الجمعيات التى يشترك فى عضويتها أجانب أن تكون نسبة عدد أعضاء مجلس الإدارة المتمتعين بجنسية جمهورية مصر العربية مماثلة على الأقل لنسبتهم إلى مجموع الأعضاء المشتركين فى الجمعية ويكون تعيين أول مجلس إدارة عن طريق جماعة المؤسسين لمدة أقصاها ثلاث سنوات (م ٣٢).

ويشترط فيمن يرشح لعضوية مجلس إدارة الجمعية أن يكون متمتعا بحقوقه المدينة ، ويحدد النظام الأساسى للجمعية الشروط الأخرى (م٣٣).

ويكون لمجلس الإدارة رئيس يمثل الجمعية أمام القضاء وقبل الغير (م٣٧/٢) .

ويجب أن ينعقد مجلس إدارة الجمعية مرة كل ثلاثة شهور على الأقل،ولايكون انعقاده صحيحا إلا بحضور أغلبية أعضائه (م٣٨/١) وتصدر قراراته بموافقة الأغلبية المطلقة لعدد الحاضرين ما لم ينص النظام الأساسى على أغلبية أكبر ، وعند تساوى الأصوات يرجح الجانب الذى منه الرئيس (م٣٨/٢) .

وعلى مجلس الإدارة إفادة الجهة الإدارية بالقرارات التى تصدر عنه أو عن الجمعية العمومية وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدورها (م٣٨/٣) .

٣ـ مدير الجمعية :

يجـوز لمجلس الإدارة أن يعين مديرا للجمعية من أعضائه أو مـن غـيرهم ، ويحدد قرار التعيين أعمال الإدارة التى تختص بها والمقابل الذى يستحقه (م٣٩) .

٥٧ ـ أهلية وجوب الجمعية :

أهلـية وجـوب الشخص الاعتبارى بوجه عام – كما سنرى– محـدودة بالقياس إلى أهلية وجوب الشخص الطبيعى بالنظر إلى ما بيـن الشخصين من اختلاف فى التكوين والغرض ، فتتقيد بامتناع إسـناد الحقوق والالتزامات الملازمة لطبيعة الإنسان إلى الشخص الاعتبارى ، وبانحصار ما يسند إلى الشخص الاعتبارى من حقوق والتزامات فى حدود ما يتخصص به من غرض. وهذان القيدان فى شـأن الشـخص الاعتـبارى بعامـة ، يصدقان فى شأن الجمعية بخاصة[١].

وبجانـب هذين القيدين العامين ، خص المشرع الجمعيات بقيد خـاص ، إذ نص فى المادة ١٥ على أن : "للجمعية الحق فى تملك العقارات بما يمكنها من تحقيق أغراضها مع مراعاة أحكام القوانين التى تنظم تملك الأجانب للعقارات " .

ولاتسـتثنى الجمعيات الخيرية الأجنبية من حظر تملك الأجانب للأراضى الزراعية وفقا لأحكام القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ .

---

(١) حسن كيره ص ٦٨٣ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" مفاد نص الفقرة الأولى من المادة الأولى ، والفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ بشأن حظر تملك الأجانب للأراضى الزراعية وما فى حكمها ، أنه يحظر على الأجانب سواء أكانوا أشخاصا طبيعيين أم اعتباريين أن يتملكوا الأراضى الزراعية وما فى حكمها فى جمهورية مصر العربية بأى سبب من أسباب كسب الملكية . ولايعتد بتصرفات الأجنبى الصادرة إلى أحد المصريين إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل ١٩٦١/١٢/٢٣ وإذ جاء النص بالنسبة للأشخاص الاعتباريين عاما مطلقا فإنه يشمل الجمعيات الخيرية الأجنبية ولو قصد المشرع استثناء هذه الجمعيات من تطبيق أحكام هذا القانون لنص على ذلك صراحة كما فعل بالنسبة للفلسطينين ، يؤيد هذا النظر أن المشرع استثنى بعد ذلك هذه الجمعيات من تطبيق أحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ والقانون رقم ١٥السنة ١٩٦٣ بشروط خاصة حتى تتمكن الجمعيات المذكورة من الاستمرار فى القيام بنشاطها فنص فى المادة الأولى من القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧١ على أنه استثناء من أحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بالإصلاح الزراعى والقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ بخطر تملك الأجانب للأراضى الزراعية وما فى حكمها يجوز للجمعيات الخيرية التى كانت قائمة وقت العمل بذلك المرسوم بقانون الاحتفاظ

بالمساحات التى كانت تملكها فى ذلك التاريخ من الأراضى الزراعية وما فى حكمها من الأراضى البور والصحراوية بعد استبعاد ما سبق لها التصرف فيه من هذه الأراضى قبل العمل بأحكام هذا القانون ، ويصدر بتحديد الجمعيات الخيرية الأجنبية التى يسرى عليها هذا الحكم قرارمن رئيس الجمهورية وإذ يبين من الحكم المطعون فيه أن الطاعنة لم تدع أنها أفادت من هذا القانون فإن النعى يكون غير سديد " .

(طعن رقم ١٥١ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٧/٤/٥)

٥٨- رقابة الإدارة على نشاط الجمعية :

نوجز أهم أوجه رقابة الإدارة على الجمعيات فيما يلى :

١- للجهة الإدارية المختصة الاعتراض على ما ترى فيه مخالفة للقانون فى النظام الأساسى للجمعية أو فيما يتعلق بالمؤسسين ، ولايحول دون ذلك التزامها بقيد الجمعية فى السجل الخاص بالقيد خلال المدة المبينة فى المادة (٦) من القانون وعلى الجهة الإدارية إذا رأت وجها للاعتراض إخطار الجمعية بأسباب اعتراضها بكتاب موصى عليه بعلم الوصول ، فإذا لم تقم الجمعية بإزالة أسباب الاعتراض خلال الأجل الذى تحدده الجهة الإدارية عرضت النزاع على اللجنة المنصوص عليها فى المادة السادسة من القانون .

وعند رفع الدعوى بشأن الاعتراض أمام المحكمة المختصة بمراعاة أحكام الفقرة الأخيرة من المادة (٧) من القانون – يكون للجهة الإدارية أن تطلب من المحكمة المختصة على وجه الاستعجال الحكم بإزالة أسباب المخالفة مع استمرار الجمعية فى نشاطها أو بوقف نشاط الجمعية مؤقتا لحين الفصل فى موضوع الدعوى.

وتقوم الجهة الإدارية بالتأشير بمنطوق الحكم على هامش قيد الجمعية فى السجل الخاص (م٨) .

٢- على الجمعية أن تحتفظ فى مركز إدارتها بالوثائق والمكاتبات والسجلات الخاصة بها ، وتبين اللائحة التنفيذية للقانون هذه السجلات وكيفية إمساكها واستعمالها والبيانات التى تحتوى عليها .

ويجب ختم هذه السجلات من الجهة الإدارية قبل استعمالها (م١٩) .

ويجوز للموظفين الذين يصدر بتحديدهم قرار من وزير الشئون الاجتماعية ولممثلى الاتحاد المختص دخول مقر الجمعية أو فروعها بغرض الاطلاع على سجلاتها وفقا للإجراءات التى تحددها اللائحة التنفيذية للقانون (م ٢٠) .

٣- تلتزم الجمعية بأن تودع لدى أحد البنوك أو صندوق التوفير أموالها النقدية بالاسم الذى قيدت به (م١/٢٢) .

٤- فـى الأحـوال التى تصدر فيها الجمعية قرارا ترى الجهة الإداريـة أنه مخالف للقانون أو لنظامها الأساسى يكون لهذه الجهة أن تطلـب مـن الجمعية بكتاب موصى عليه بعلم الوصول سحب القـرار ، وذلـك خلال عشرة أيام من تاريخ إفادتها به وفقا للفقرة الثالـثة مـن المادة (٣٨) من القانون ، فإذا لم تقم الجمعية بسحبه خـلال خمسة عشر يوما من تاريخ إخطارها ، كان للجهة الإدارية أن تعـرض الأمر على اللجنة المنصوص عليها فى المادة (٧) من القـانون [١]، ويكـون رفع الدعوى إلى المحكمة المختصة (محكمة

---

(١) والمادة (٧) المشار إليها تنص على أن : " تنشأ فى نطاق كل محافظة، لجـنة أو أكـثر يصـدر بتشكيلها سنويا قرار من وزير العدل برئاسة مستشار – على الأقل – بمحاكم الاستئناف – ترشحه الجمعية العمومية للمحكمة ، وعضوية كل من :

١- ممثل للجهة الإدارية يرشحه وزير الشئون الاجتماعية .

٢- ممثل للاتحاد الإقليمى يرشحه مجلس إدارة الاتحاد العام للجمعيات، ويضـم إلـى عضـوية اللجـنة ممثلا للجمعية المعنية الطرف فى المنازعة ترشحه جمعيتها العمومية أو مجلس إدارتها وتختص اللجنة بفحـص المنازعات التى تنشأ بين الجمعية والجهة الإدارية لتسويتها بالطرق الودية .

ولايصـح انعقـاد اللجنة إلا بحضور رئيسها وممثل عن كل من طرفى النزاع ، وتصدر قرارها خلال ستين يوما من تاريخ عرض النزاع عليها

القضاء الإدارى) بمراعاة حكم الفقرة الأخيرة من المادة (٧) المشار إليه .

٥- لايجوز للجمعية أن تنضم أو تشترك أو تنتسب إلى ناد أو جمعـية أو هيـئة أو منظمة مقرها خارج جمهورية مصر العربية وتمارس نشاطا لايتنافى مع أغراضها إلا بعد إخطار الجهة الإدارية بذلك ، ومضى ستين يوما من تاريخ الإخطار دون اعتراض كتابى منها . (م١٦) .

٦- لايجـوز للجمعـية تلقـى التبرعات سواء من الأشخاص الطبيعيين ومن الأشخاص الاعتباريين إلا بعد موافقة الجهة الإدارية علـى الـنحو الـذى تحـدده اللائحة التنفيذية للقانون . وفى جميع الأحـوال لايجـوز لأية جمعية أن تحصل على أموال من الخارج سـواء من شخص مصرى أو شخص أجنبى أو جهة أجنبية أو من يمـثلها فـى الداخل ، ولا أن ترسل شيئا مما ذكر إلى أشخاص أو

وذلك بأغلبية الأصوات ، وعند التساوى يرجح الجانب الذى فيه الرئيس، وتبيـن اللائحة التنفيذية لهذا القانون القواعد والإجراءات الأخرى لسير العمل فى اللجنة .

ويكون قرار اللجنة ملزما واجب التنفيذ إذا قبله طرفا النزاع .

ولاتقـبل الدعوى بشأن النزاع لدى المحكمة المختصة ، إلا بعد صدور قـرار فـيه من اللجنة ، أو بعد انقضاء مدة الستين يوما المشار إليها ، ويكـون رفـع الدعـوى خلال ستين يوما من تاريخ صدور القرار أو انقضاء تلك المدة ، وذلك وفق الإجراءات المقررة لرفع الدعوى .

منظمات فى الخارج إلا بإذن من وزير الشئون الاجتماعية . وذلك كله فيما عدا الكتب والنشرات والمجلات العلمية والفنية (م١٧) .

٧- مع مراعاة أحكام النظام الأساسى للجمعية ، إذا أصبح عدد أعضـــاء مجلـــس الإدارة لايكفـــى لانعقاده صحيحا ، جاز لوزير الشـــئون الاجتماعـــية عند الضرورة ، بعد أخذ رأى الاتحاد العام للجمعـــيات والمؤسسات الأهلية ، أن يعين بقرار مسبب مفوضا من بين الأعضاء أو من غيرهم، تكون له اختصاصات مجلس الإدارة . وعلـــى المفوض دعوة الجمعية العمومية خلال ستين يوما لانتخاب مجلـــس إدارة جديـــد، وإلا اعتـــبرت مدعوة إليه بحكم القانون يوم الجمعـــة التالى لفوات الميعاد المشار إليه ، وتنظم اللائحة التنفيذية للقانون أوضاع هذا الاجتماع .

وتنتهى مهمة المفوض بانتخاب مجلس الإدارة الجديد (م٤٠) .

٨- يحـــق لوزير الشئون الاجتماعية حل الجمعية عملا بالمادة ٤٢ من القانون (أنظر فى التفصيل بند ٦) .

٥٩ـ المزايا التى تتمتع بهـا الجمعية:

تـــنص المـــادة (١٣) من القانون على أنه مع عدم الإخلال بأية مـــزايا منصوص عليها فى قانون آخر ، تتمتع الجمعيات الخاضعة لأحكام هذا القانون بالمزايا الآتية :

(أ) الإعفاء من رسوم التسجيل والقيد التى يقع عبء أدائها على الجمعية فى جميع أنواع العقود التى تكون طرفا فيها كعقود الملكية أو الرهـــن أو الحقوق العينية الأخرى ، وكذلك من رسوم التصديق على التوقيعات .

(ب) الإعفاء من ضرائب ورسوم الدمغة المفروضة حاليا والتى تفـــرض مســـتقبلا علــــى جمـــيع العقـــود والتوكيلات والمحررات والأوراق المطبوعة والسجلات وغيرها .

(ج) الإعفاء من الضرائب الجمركية والرسوم الأخرى المفروضة على ما تستورده من عدد وآلات وأجهزة وأدوات ولوازم إنتاج وكذا على ما تتلقاه من هدايا وهبات ومعونات من الخارج ، وذلك بقرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير الشئون الاجتماعية وعرض وزير المالية، وبشرط أن تكون هذه الأشياء لازمة لنشاطها الأساســـى . ويحظر التصرف فى الأشياء المعمرة منها التى تحدد بقرار من وزير الشئون الاجتماعية بالاتفاق مع وزير المالية، وذلك قبل مرور خمس سنوات ما لم تدفع عنها الضرائب والرسوم الجمركية المستحقة .

(د) إعفاء العقارات المبنية المملوكة للجمعية من جميع الضرائب العقارية .

(هـــ) تمـــنح تخفيضا مقداره (٢٥%) من أجور نقل المعدات والآلات على السكك الحديدية .

(و) ســـريان تعريفة الاشتراكات والمكالمات التليفونية الخاصة المقـــررة للمنازل، ويصدر بتحديد الجمعيات التى تسرى عليها هذه التعريفة قرار من الجهة الإدارية .

(ز) تمنح تخفيضا مقداره (٥٠%) من استهلاك المياه والكهرباء والغـــاز الطبيعى التى تقوم بإنتاجها الهيئات العامة وشركات القطاع العام وأية جهة حكومية .

(ح) اعتـــبار التـــبرعات الـــتى تقدم للجمعيات تكليفا على دخل المتبرع بما لايزيد على ١٠% منه .

٦٠- انتهاء شخصية الجمعية :

تنتهى شخصية الجمعية بالحل الاختيارى أو بالحل الجبرى.

فبالنسبة للحل الاختيارى فإنه يكون بقرار من الجمعية العمومية غـــير العادية وفقا للقواعد المقررة فى نظامها الأساسى ، ويجب أن يتضـــمن قـــرار الحـــل تعيين مصف أو أكثر وتحديد مدة التصفية وأتعاب المصفى (م٤١) .

أمـــا الحـــل الجـــبرى فـــيكون بقرار مسبب من وزير الشئون الاجتماعية، بعد أخذ رأى الاتحاد العام وبعد دعوة الجمعية العمومية لسماع أقوالها ، فى الأحوال الآتية :

١- التصرف فى أموالها أو تخصيصها فى غير الأغراض التى أنشئت من أجلها .

٢- الحصول على أموال من جهة خارجية أو إرسال أموال إلى جهة خارجية بالمخالفة لحكم الفقرة الثانية من المادة (١٧) من القانون .

٣- ارتكاب مخالفة جسيمة للقانون أو النظام العام أو الآداب.

٤- الانضمام أو الاشتراك أو الانتساب إلى ناد أو جمعية أو هيئة أو منظمة خارج جمهورية مصر العربية بالمخالفة لحكم المادة (١٦) من القانون .

٥- ثبوت أن حقيقة أغراض الجمعية استهداف أو ممارسة نشاط من الأنشطة المحظورة فى المادة (١١) من القانون .

٦- القيام بجمع تبرعات بالمخالفة لحكم الفقرة الأولى من المادة (١٧) من القانون .

ويتعين أن يتضمن قرار الحل تعيين مصف أو أكثر لمدة وبمقابل يحددهما (م٤٢).

ولكل ذى شأن الطعن على القرار الذى يصدره وزير الشئون الاجتماعية أمام محكمة القضاء الإدارى وفقا للإجراءات والمواعيد المحددة لذلك ، ودون التقيد بأحكام المادة (٧) من القانون ، وعلى المحكمة أن تفصل فى الطعن على وجه الاستعجال وبدون مصروفات .

ويعتبر من ذوى الشأن فى خصوص الطعن أى من أعضاء الجمعية التى صدر فى شأنها القرار (م٤٢ من القانون) .

ولوزير الشئون الاجتماعية بدلا من حل الجمعية أن يصدر قرارا بإلغاء التصرف المخالف أو بإزالة سبب المخالفة أو بعزل مجلس الإدارة أو بوقف نشاط الجمعية (م٤٢) .

٦١- الآثار المترتبة على حل الجمعية :

يترتب على حل الجمعية الآثار الآتية :

١- يجب على القائمين على إدارة الجمعية المنحلة وموظفيها المبادرة بتسليم أموال الجمعية وجميع المستندات والأوراق الخاصة بها إلى المصفى بمجرد طلبها ، ويمتنع عليهم كما يمتنع على الجهة المودع لديها أموال الجمعية والمدينين لها التصرف فى أى شأن من شئونها أو أموالها أو حقوقها إلا بأمر كتابى من المصفى (م٤٤).

٢- مع مراعاة ما سبق ، يحظر على أعضاء الجمعية المنحلة أو أى شخص آخر قائم على إدارتها مواصلة نشاطها أو التصرف فى أموالها ، كما يحظر على كل شخص الاشتراك فى نشاط أية جمعية تم حلها (م ٤٧) .

٣- انفساخ عقد إيجار مقر الجمعية بقوة القانون إذ تقضى القواعد العامة المنصوص عليها فى المادة ١٥٩ من التقنين المدنى بأن : " فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة

تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه"، ومن ثم يترتب على حل الجمعية اختيارا أو جبرا ، انقضاء شخصية الجمعية القانونية مما يجعل تنفيذ العقد مستحيلا ، ومن ثم ينفسخ عقد إيجار الجمعية لمقرها بقوة القانون .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" النص فى الفقرة الأولى من المادة ١٥٣ من القانون المدنى على أنه " إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بتعهده . فإذا رفض الغير أن يلتزم ، وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه ، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم بنفسه بتنفيذ الالتزام الذى تعهد به " . يؤدى بتطبيقه على واقعة النزاع إلى أنه عندما تعاقد الطاعن باسمه لاستئجار شقة النزاع لتكون مقر الجمعية فإن هذا التعاقد كان يتضمن تعهد الطاعن بأن تقبل الجمعية عند إنشائها استئجار الشقة ، ويعتبر العقد المبرم بين الطاعن والمطعون ضده - المؤجر- مشتملا على إيجاب من هذا الأخير موجها للجمعية ، إذا قبلت صارت مستأجرة للعين محل النزاع بموجب عقد إيجار جديد بينها وبين المؤجر ، يحل محل العقد الذى أبرمه الطاعن وتم تنفيذه بقبول الجمعية ، وإذ حلت الجمعية فقد انقضت شخصيتها القانونية التى كانت تستأجر العين محل النزاع ، مما يجعل تنفيذ عقد الإيجار

مستحيلا لانعدام المستأجر فينفسخ بقوة القانون عملا بالمادة ١٥٩ من القانون المدنى ، ولايحق للطاعن الادعاء بأنه مازال مستأجرا للعين إذ أن تعاقده انتهى بمجرد قيام الجمعية وقبولها الاستئجار ، أو الادعاء بأن جمعية خلفت الجمعية المنحلة فى عقد الإيجار لأن لكل من الجمعيتين شخصية قانونية مستقلة تنشأ بشهر نظامها وتنقضى بحلها فيحظر على أعضائها كما يحظر القائمين على إدارتها وعلى موظفيها مواصلة نشاطها أو التصرف فى أموالها. عملا بالفقرة الأولى من المادة ٥٨ من القانون ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة " .

(طعن رقم ٥٢٩ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٦)

٦٢- تصفية الجمعية :

إذا حلت الجمعية حلا اختياريا أو حلا إجباريا ، فإنها تدخل دور التصفية .

ويعين المصفى الجهة التى قامت بحل الجمعية ، فإذا كان الحل اختياريا أى صادرا من الجمعية العمومية غير العادية للجمعية، وجب أن يتضمن قرار الحل تعيين مصف وأكثر وتحديد مدة التصفية وأتعاب المصفى (م٤١).

وإذا كان الحل إجباريا أى بقرار مسبب من وزير الشئون الاجتماعية ، بعد أخذ رأى الاتحاد العام وبعد دعوة الجمعية لسماع

أقوالها فى الأحوال التى ذكرناها سلفا يتعين أن يتضمن قرار الحل تعيين مصف أو أكثر لمدة وبمقابل يحددهما وزير الشئون الاجتماعية (م٤٢) .

وإذا انقضت المدة المحددة للتصفية فى الحل الاختيارى والحل الإجبارى دون تمامها جاز مدها لمدة واحدة أخرى بقرار من الاتحادالعام للجمعيات والمؤسسات الأهلية وإلا تولت الجهة الإدارية إتمام التصفية (م٤٣) .

ويجب على القائمين على إدارة الجمعية المنحلة وموظفيها المبادرة بتسليم أموال الجمعية وجميع المستندات والسجلات والأوراق الخاصة بها إلى المصفى بمجرد طلبها ، ويمتنع عليهم كما يمتنع على الجهة المودع لديها أموال الجمعية والمدينين لها التصرف فى أى شأن من شئونها أو أموالها أو حقوقها إلا بأمر كتابى من المصفى (م٤٤) .

ويقوم المصفى بعد تمام التصفية بتوزيع ناتجها وفقا للأحكام المقررة فى النظام الأساسى للجمعية . فإذا لم يوجد نص فى هذا النظام أو استحال تطبيق ما ورد به آل ناتج التصفية إلى صندوق إعانة الجمعيات والمؤسسات الأهلية المنصوص عليه فى الباب الرابع من القانون (م٤٥) .

وينبغي – قياسا على المقرر في شأن الشركات– الإبقاء على شخصية الجمعية المنحلة طوال فترة التصفية وبالقدر اللازم لإتمامها فحسب واعتبار المصفى ممثلا لها فى هذه الحدود[١].

وقد نصت المادة ٢/٧٥ على أنه يدخل فى موارد صندوق إعانة الجمعيات والمؤسسات الأهلية ما يؤول إليه من أموال الجمعيات والمؤسسات الأهلية التى يتم حلها .

٦٣ـ المحكمة المختصة بنظر منازعات التصفية :

تختص المحكمة الابتدائية التى يقع فى دائرتها مقر الجمعية دون غيرها بالفصل فى الدعاوى التى ترفع من المصفى أو عليه (م٤٦).

وهذا الاختصاص نوعى يتعلق بالنظام العام ، ويجب على المحكمة التصدى له من تلقاء نفسها .

٦٤ـ الجمعيات ذات النفع العام :

من الجمعيات ما يتمحض غرضه للصالح العام والنفع العام، مما يبرر معاملتها معاملة ممتازة رعاية لهذا الغرض، وبالتمكين لها من تمام القدرة على تحقيقه عن طريق منحها بعض امتيازات السلطة العامة وإعفائها من بعض ما يرد من قيود على أهلية الجمعيات بوجه عام، وإعطاء السلطة الإدارية – مقابل ذلك– قسطا

---

(١) الدكتور سليمان مرقس المدخل للعلوم القانونية الطبعة الرابعة ١٩٦١ ص ٥٢٣– حسن كيره ص ٦٨٨.

مـــن الإشراف والهيمنة عليها أكبر مما لها من ذلك على الجمعيات العادية .

وهـــذه الجمعيات كانت معروفة دائما فى القانون المصرى باسم الجمعيات ذات النفع العام .

وواضــــح أن إخضــــاع مثل هذه الجمعيات لهذا النظام الخاص يقتضى القطع فى حقيقة غرضها واستهدافها الخدمة أو المنفعة العامة. وهو أمر يجب أن يترك تقديره للسلطة التنفيذية [١].

ولذلك ينص القانون فى المادة ٤٩ على أن : " كل جمعية تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة عند تأسيسها أو بعد تأسيسها يجوز إضافة صـــفة الـــنفع العام عليها بقرار من رئيس الجمهورية ، وذلك بناء علـــى طلـــب الجمعية أو بناء على طلب الجهة الإدارية أو الاتحاد العام للجمعيات والمؤسسات الأهلية وموافقة الجمعية فى الحالين .

ويكـــون إلغــــاء صفة النفع العام بقرار من رئيس الجمهورية ، ويجوز اندماج الجمعيات ذات النفع العام فى بعضها بموافقة الجهة الإدارية، بعد أخذ رأى الاتحاد العام للجمعيات والمؤسسات الأهلية ، علـــى أنـــه لايكون الاندماج بين جمعيات النفع العام وغيرها من الجمعـــيات الـــتى لـــم تضف عليها صفة النفع إلا بقرار من رئيس الجمهورية " .

---

(١) حسن كيره ص ٦٨٩ .

والجمعيات التى يصدر قرار من رئيس الجمهورية باعتبارها من الجمعيات ذات الصفة العامة – تظل- رغم تمتعها ببعض امتيازات السلطة العامة- من أشخاص القانون الخاص الاعتبارية ، فلا تعد بذلك من أشخاص القانون العام الاعتبارية ولاتختلط بصفة خاصة ببعض صورها كالمؤسسات العامة .

ومن أمثلة الجمعيات التى صدر قرار جمهورى باعتبارها ذات صفة عامة :

١- جمعيات الوحدات الصحراوية بجمهورية مصر العربية .

٢- جمعيات التأهيل الاجتماعى لرعاية المعوقين بجمهورية مصر العربية .

٣- جمعيات الأسرة المنتجة بالمحافظات .

٤- نادى سيدات القاهرة .

٥- الجمعية الخيرية لرعاية مرضى الجذام وأسرهم .

٦- جمعية رعاية المسجونين وأسرهم (القرار الجمهورى رقم ٧٥٠ لسنة ١٩٦٨) .

٧- جمعية تدعيم الأسرة (بمحافظة القاهرة) .

٨- جمعية المروءة (بمحافظة القاهرة) .

وجمعية الرابطة الأخوية للصم والبكم (بمحافظة القاهرة) .

٩- جمعية رعاية الطفولة والنهوض بالأسرة بالمنصورة .

(القرار الجمهورى رقم ١١٦٥ لسنة ١٩٦٩) .

١٠- جمعـــية الهلال الأحمر بجمهورية مصر العربية (القرار الجمهورى رقم ١٩٢٥ لسنة ١٩٦٩) .

وسحب الصفة العامة من الجمعية لايفقدها شخصيتها الاعتبارية، بـــل يقتصر على مجرد حرمانها من الخضوع لنظام الجمعيات ذات الصفة العامة وإعادة إخضاعها للنظام العادى للجمعيات عموما .

٦٥ـ امتيازات الجمعيات ذات النفع العام :

تتمـــتع الجمعيات ذات النفع العام - بالنظر إلى ما تقوم به من خدمـــة ومـــنفعة عامة - ببعض الامتيازات وهذه الامتيازات تحدد بقرار من رئيس الجمهورية (م٥٠) [1] .

وعلى وجه الخصوص تتمتع هذه الجمعيات بالميزات الآتية :

١- عدم جواز الحجز على أموالها كلها أو بعضها .

٢- عدم جواز اكتساب أموالها بالتقادم .

٣- إمكانـــية نـــزع الملكـــية للمـــنفعة العامة لصالحها تحقيقا للأغراض التى تقوم عليها (م٥٠) .

٤- يجـــوز لوزيـــر الشئون الاجتماعية أن يعهد إلى إحدى هذه الجمعيات بإدارة مؤسسة تابعة للوزارة أو لغيرها من الوزارات أو الوحـــدات المحلـــية بناء على طلبها أو تنفيذ بعض مشروعاتها أو برامجها، وفى هذه الحالة تعتبر أموال الجمعية أموالا عامة (م٥١).

---

(١) وقـــد فـــوض رئـــيس الجمهورية وزير الشئون الاجتماعية بتحديد هذه الامتياز ات بالنسبة لبعض الجمعيات .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " النص فى المادة ١/٦٣ من القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة على أنه " تعتبر جمعية ذات صفة عامة كل جمعية يقصد بها تحقيق مصلحة عامة يصدر قرار من رئيس الجمهورية باعتبارها كذلك ... " وفى المادة ٦٤ منه على أنه " يحدد بقرار من رئيس الجمهورية ما تتمتع به الجمعيات ذات الصفة العامة من اختصاصات السلطة العامة كعدم جواز الحجز على أموالها كلها أو بعضها ، وعدم جواز تملك هذه الأموال بمضى المدة وجواز قيام الجهة الإدارية المختصة بنزع الملكية للمنفعة العامة التى تقوم بها الجمعية، مؤداه أن المشرع رغبة فى قيام الجمعيات والمؤسسات الخاصة بدور أساسى فى ميدان تنمية المجتمع والرعاية الاجتماعية ناط برئيس الجمهورية إضفاء الصفة العامة على "جمعيات والمؤسسات الخاصة التى لها دور بارز فى هذا المجال بقرار منه، وأن يحدد ما يكون لهذه الجمعيات من اختصاصات السلطة العامة ومنها عدم جواز الحجز على أموالها إلى غير ذلك مما تتميز به السلطة العامة فى أموالها ".

٢- " إصدار رئيس الجمهورية بتاريخ ١٩٧٤/٨/١٣ قراره رقم ١٢٦٣ لسنة ١٩٧٤ باعتبار بعض الجمعيات والمؤسسات الخاصة ذات صفة عامة . ونص فى مادته الأولى على أن " تعتبر

الجمعيات والمؤسسات الخاصة الآتية ذات صفة عامة : ١- ...... ٢- .... ٣- .... ٤- .... جمعيات تنمية المجتمع المحلى بالقطاع الريفى والحضرى والصحراوى بجمهورية مصر العربية " ونصت مادته الثانية على أن " يفوض وزير الشئون الاجتماعية فى تحديد ما تتمتع به الجمعيات والمؤسسات الخاصة المشار إليها فى المادة السابقة من اختصاصات السلطة العامة .. " وسرى العمل بهذا القرار بقانون من تاريخ نشره فى ١٩٧٤/٨/٢٢ ونفاذا له أصدرت وزيرة الشئون الاجتماعية قرارها رقم ٥٥٨ لسنة ١٩٧٤ فى ١٩٧٤/١٢/١١ - الذى نشر بالوقائع المصرية بتاريخ ١٩٧٥/٣/٦ - ونص فى مادته الأولى على أن تتمتع الجمعيات والمؤسسات الخاصة ذات الصفة العامة الوارد بقرار رئيس الجمهورية سالف الإشارة بخصائص السلطة العامة ومنها عدم جواز الحجز على أموالها ، كما نصت مادته الثانية على العمل به من تاريخ صدوره ، وكان البين من الأوراق أن الجمعية المطعون عليها الأولى- جمعية تنمية المجتمع المحلى ببندر قنا المنشأة طبقا للقانون ٣٢ لسنة ١٩٦٤ ... هى من الجمعيات التى أسبغت عليها الصفة العامة والتى تتمتع ببعض خصائص تلك الصفة ومنها عدم جواز الحجز على أموالها فى إطلاق ودون تقييدها بثمة قيد من الشارع سواء بالنسبة لمديونيتها للغير أو لأحد أعضائها ومن ثم لايجوز الحجز على

أموالها تحت يدها أو تحت يد الغير بأى صورة من صور الحجوز التحفظية أو التنفيذية لما كان ذلك فإن الحجز الذى أوقعه الطاعنون على أموالها تحت يد المطعون عليه الثانى فى ١٩٨٩/٤/٦ يكون قد وقع بالمخالفة للقانون على ما سلف بيانه ومن ثم لايرتب أثرا ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر الصحيح وقضى بإلغائه واعتباره كأن لم يكن فإنه لايكون قد أخطأ فى القانون " .

(طعن رقم ٢١٠٥ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٦/٤/٧)

٦٦ـ الرقابة الإدارية على الجمعية :

نظرا لما تتمتع به الجمعيات ذات النفع العام من امتيازات ، فقد خول القانون لجهات الإدارة إزاء هذه الجمعيات ، سلطات أكبر وأوسع من تلك التى لها إزاء الجمعيات الخاصة الأخرى .

وتطبيقا لذلك نصت المادة (٥٢) من القانون على أن :

" تخضع الجمعيات ذات النفع العام لرقابة الجهة الإدارية وتتناول الرقابة فحص أعمال الجمعية بما فى ذلك تلك المتعلقة بالمشروع المسند إليها والتحقق من مطابقتها للقوانين واللوائح والنظام الأساسى للجمعية .

ويتولى هذه الرقابة مفتشون يعينهم وزير الشئون الاجتماعية".

كما تنص المادة ٥٣ على أنه : " إذا تبين للجهة الإدارية وقوع أخطاء جسيمة تؤثر على تحقيق الجمعية ذات النفع العام لأغراضها

أو ممارسـتها لأنشـطتها أو تنفيذها لما عهد إليها به من برامج أو مشـروعات ، كان لوزير الشئون الاجتماعية اتخاذ أحد الإجراءات الآتية :

(أ) وقـف نشـاط المشروع المسند إلى الجمعية مؤقتا إلى حين إزالة المخالفات .

(ب) سحب المشروع المسند إلى الجمعية .

(ج) عزل مجلس إدارة الجمعية وتعيين مفوض إلى حين دعوة الجمعـية العمومية خلال ثلاثة أشهر على الأكثر من تاريخ تعيينه لانـتخاب مجلـس إدارة جديـد ، وذلك بعد أخذ رأى الاتحاد العام للجمعيات والمؤسسات الأهلية .

فإذا لم تدع الجمعية للاجتماع خلال الميعاد المشار إليه اعتبرت مدعـوة إلـيه بحكـم القانون يوم الجمعة التالى لفوات هذا الميعاد، وتنظم اللائحة التنفيذية لهذا القانون أوضاع هذا الاجتماع.

ولكـل ذى شأن الطعن على القرار الذى يصدره وزير الشئون الاجتماعية أمام محكمة القضاء الإدارى وفقا للإجراءات والمواعيد المحـددة لذلـك ، دون التقـيد بأحكام المادة (٧) من هذا القانون ، وعلـى المحكمة أن تفصل فى الطعن على وجه الاستعجال وبدون مصروفات .

وتنتهى مهمة المفوض بانتخاب مجلس الإدارة الجديد .

ويلاحظ أن هذه الجمعيات تخضع فيما لم يرد بشأنه نص في الفصل الخامس من القانون للأحكام المقررة في شأن الجمعيات (م٤٨) .

٦٧ـ المؤسسات الأهلية :

تنص المادة ٥٦ من القانون على أن : " تنشأ المؤسسة الأهلية بتخصيص مال لمدة معينة أو غير معينة لتحقيق غرض غير الربح المادى ، وتسرى فى هذا الخصوص أحكام المادة (١١) من هذا القانون". ويبين من هذا التعريف أن المؤسسة الأهلية شخص اعتبارى ينشأ بتخصيص مال مدة معينة أو غير معينة لتحقيق غرض غير الربح المادى أى لعمل ذى صفة إنسانية أو دينية أو علمية أو فنية أو رياضية ، أو لأى عمل من أعمال البر أو الرعاية الاجتماعية أو النفع العام .

ويتضح من ذلك أن قيام المؤسسة الأهلية يستلزم أمرين :

الأمر الأول : هو وجود مجموعة من الأموال فالمؤسسة تختلف عن الجمعية وعن الشركة ، إذ ليست المؤسسة جماعة من الأشخاص يشتركون معا أو يتعاونون معا لغرض معين ، وإنما هى تقوم على المال الذى خصصه أحد الأشخاص لتحقيق غرض معين .

والأمر الثانى : هو الغرض التى رصدت هذه الأموال لتحقيقه. والمؤسسة فى هذا الأمر الثانى تشبه الجمعية وتختلف عن الشركة،

فهـــى لاتبغى الحصول على ربح مادى . على أن غرض الجمعية وغرض المؤسسة وإن تشابها إلا أن نطاق هذا الغرض يختلف فى الحالين . فعرض الجمعية قد يكون عاما إذا استهدفت البر أو النفع العام ، وقد يكون خاصا مقصورا على أعضائها فقط، إلا أن غرض المؤسسة يجب أن يكون عاما فى جميع الحالات .

فالمؤسسة يجب أن تستهدف تحقيق غرض من أغراض البر أو النفع العام [(١)].

٦٨ـ إنشاء المؤسسة الأهلية :

يكون إنشاء المؤسسة الأهلية بواسطة مؤسس واحد أو مجموعة من المؤسسين من الأشخاص الطبيعيين أو الأشخاص الاعتبارية أو منهما معا .

ويضـــع المؤسســـون نظاما أساسيا يشمل على الأخص البيانات الآتية :

(أ) اســـم المؤسسة ونطاق عملها الجغرافى ومقر مركز إدارتها بجمهورية مصر العربية .

(ب) الغرض الذى تنشأ المؤسسة لتحقيقه .

(ج) بـــيان تفصـــيلى للأمـــوال المخصصـــة لتحقيق أغراض المؤسسة.

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٢٣٤- عبد الودود يحيى ص ١٠٣ ومابعدها.

(د) تنظيم إدارة المؤسسة بما فى ذلك طريقة تعيين رئيس وأعضاء مجلس الأمناء وطريقة تعيين المدير .

كما يجوز إنشاء المؤسسة الأهلية بسند رسمى أو بوصية مشهرة يعد أيهما فى حكم النظام الأساسى للمؤسسة بشرط اشتماله على البيانات المنصوص عليها فى الفقرة السابقة .

ويرفق باللائحة التنفيذية للقانون نظام نموذجى يجوز للمؤسسات الأهلية اتباعه (م٥٨) .

وقد ارفق هذا النموذج باللائحة التنفيذية الصادرة بقرار وزير التأمينات والشئون الاجتماعية رقم ١٧٨ لسنة ٢٠٠٢ .

ومتى كان إنشاء المؤسسة الأهلية بسند رسمى جاز لمن أنشأها أن يعدل عنها بسند رسمى آخر وذلك إلى أن يتم قيدها (م٥٨).

وتثبت الشخصية الاعتبارية للمؤسسة الأهلية اعتبارا من اليوم التالى لقيد نظامها الأساسى أو لقيد ما فى حكمه .

ويتم القيد بالجهة الإدارية بناء على طلب منشئ المؤسسة أو رئيس مجلس الأمناء أو الشخص المعين لتنفيذ الوصية (م٥٩) .

٦٩ـ إدارة المؤسسة الأهلية :

يكون لكل مؤسسة أهلية مجلس أمناء يتكون من ثلاثة على الأقل يعينهم المؤسس أو المؤسسون ، ويجوز أن يكون منهم أو من غيرهم الرئيس والأعضاء .

وتخطـــر الجهـــة الإدارية والاتحاد العام للجمعيات والمؤسسات الأهلية بالتعيين وبكل تعديل يطرأ على مجلس الأمناء .

وفـــى حالـــة عـــدم تعيين مجلس الأمناء أو خلو مكان أو أكثر بـــالمجلس وتعـــذر تعيين بدلا منه أو منهم بالطريقة المبينة بالنظام الأساسى تتولى الجهة الإدارية التعيين ويخطر الاتحاد العام للجمعيات والمؤسسات الأهلية بذلك (م٦٠) .

ويـــتولى إدارة المؤسســـة الأهلـــية مجلس الأمناء وفقا لنظامها الأساسى ، ويمثلها رئيس المجلس أمام القضاء وقبل الغير (م٦١) .

٧٠- انتهـاء شخصيـة المؤسسة الأهليـة :

تنـــتهى شخصـــية المؤسسة الأهلية بالحل . ولكن لايتصور هنا انـــتهاؤها بالحل الاختيارى لأنها ليست جماعة من الأشخاص وإنما مجموعـــة من الأموال ولذلك فإنهاؤها لايكون إلا بالحل الإجبارى بقـــرار مسبب من وزير الشئون الاجتماعية ، بعد أخذ رأى الاتحاد العـــام وبعد دعوة المؤسسة لسماع أقوالها ، إذا توافرت دلائل جدية على ممارسة المؤسسة نشاطا من الأنشطة المحظورة فى المادة (١١) من القانون .

(راجع بند ٧٠) .

ويتعين أن يتضمن قرار الحل تعيين مصف أو أكثر لمدة وبمقابل حددهما. ولوزير الشئون الاجتماعية أن يكتفى فى أى من الحالات لمشار إليها بإصدار قرار بإلغاء التصرف المخالف أو بإزالة سبب لمخالفة أو بعزل مجلس الأمناء أو بوقف نشاط المؤسسة .

ولكل ذى شأن الطعن على القرار الذى يصدره وزير الشئون الاجتماعية أمام محكمة القضاء الإدارى وفق الإجراءات والمواعيد المحددة لذلك ، ودون التقيد بأحكام المادة (٧) من القانون . وعلى المحكمة أن تفصل فى الطعن على وجه الاستعجال وبدون مصروفات .

ويعتبر من ذوى الشأن فى خصوص الطعن أعضاء مجلس أمناء المؤسسة أو أى من مؤسسيها .

وتؤول الأموال الناتجة عن تصفية المؤسسة إلى صندوق إعانة الجمعيات والمؤسسات الأهلية (م٦٣) .

٧١- ثالثا : كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص فى القانون :

بعد أن بين المشرع فى المادة (٥٢) جميع أنواع الأشخاص الاعتبارية المعروفة وقت صدور التقنين المدنى الجديد ، وذلك على سبيل الحصر. أبان فى الفقرة السادسة أنه يجوز للمشرع أن يخلع

الشخصـــية الاعتبارية على أى نوع آخر من مجموعات الأشخاص أو الأمـــوال التى تظهر فى المستقبل إذا رأى ضرورة ذلك. ويكون ذلك بمقتضى نص فى قانون [١].

أى أن المشـــرع يضـــفى الشخصـــية الاعتـــبارية هنا بطريق الاعتراف الخاص .

---

(١) سليمان مرقس ص ٥١٣ .

مــادة (٥٣)

١- الشخص الاعتبارى يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازمــا لصــفة الإنســان الطبيعية وذلك فى الحدود التى قررها القانون .

٢- فيكون له :

(أ) ذمة مالية مستقلة .

(ب) أهلــية فى الحدود التى يعينها سند إنشائه أو التى يقررها القانون .

(ج) حق التقاضى .

(د) موطن مستقل ويعتبر موطنه المكان الذى يوجد فيه مركز إدارتــه والشــركات التى يكون مركزها الرئيسى فى الخارج ولها نشــاط فــى مصر يعتبر مركز إدارتها بالنسبة للقانون الداخلى ، المكان الذى توجد فيه الإدارة المحلية .

٣- ويكون له نائب يعبر عن إرادته .

الشــرح

٧٢ـ أهلية وجوب الشخص الاعتبارى :

يخــتلف الشــخص الاعتبارى عن الشخص الطبيعى فى مدى الصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات من ناحيتين :

الأول : أن الشـــخص الاعتـــبارى ليس إنسانا ، لذا لا تثبت له الحقـــوق اللازمـــة لصفة الإنسان الطبيعية كحقوق الأسرة والحقوق المتعلقة بكيان الإنسان المادى والأدبى مثل حق الحياة وحق السلامة الجســدية ، وما إلى ذلك من حق المحافظة على السمعة والشرف، كما أن الشخص الاعتبارى لايتحمل بالالتزامات المرتبطة بالإنسان مثل واجب أداء الخدمة العسكرية .

والــثانى : أن الشـــخص الاعتبارى لم ينشأ إلا لتحقيق غرض معين، ولذلك فإن أهلية الوجوب بالنسبة له تكون محدودة بحدود هذا الغرض ، وهذا ما يسمى بمدأ التخصيص [1].

ولذلـــك لاتوجـــد فـــى الأصل أهلية وجوب واحدة للأشخاص الاعتـــبارية كما هو الحال بالنسبة للأشخاص الطبيعيين ، بل توجد مجموعـــة مـــن أهليات الوجوب المختلفة ، ولذلك يقال إن المساواة المدنية بين الأشخاص الطبيعية غير قائمة بين الأشخاص الاعتبارية، ومرجع ذلك إلى تفاوت أغراض الأشخاص الاعتبارية تفاوتا كبيرا وتنوعها فيما بينها أنماطا مختلفة ، بما يفاوت بالتالى بينها فيما يسند إليها من حقوق والتزامات .

ولذلـــك نصـــت المادة (٥٣) على أن يكون للشخص الاعتبارى "أهلية فى "حدود التى يعنيها سند إنشائه ، أو التى يقررها القانون".

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٧٩ ومابعدها – نبيل سعد ص ١٨٦ .

فــإذن يحــدد أهلــية الوجوب للشخص الاعتبارى ما يرد بسند إنشائه أو ما ينص عليه بالقانون ، أو ما يرد بهما معا .

ويتعين لذلك الالتزام بهذا التحديد ومثل ذلك ما تنص عليه المادة ١٥ مــن القــانون رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٢ بإصدار قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية من أن : " للجمعية الحق فى تملك العقارات بما يمكــنها مــن تحقيق أغراضها مع مراعاة أحكام القوانين التى تنظم تملك الأجانب للعقارات " .

٧٣- أهلية الأداء للشخص الاعتبارى :

كما تثبت للشخص الاعتبارى أهلية وجوب ، تثبت له أيضا أهلية أداء ، أى الصلاحية لمباشرة التصرفات القانونية بنفسه .

وتتحدد أهليته هذه بالقيود التى يقررها سند إنشائه أو القانون.

وقــد رأى بعض الفقهاء أن أهلية الأداء معدومة لدى الشخص الاعتبارى وحجتهم فى ذلك أن هذه الأهلية تدور مع الإدر 'ك وجودا وعدما ، والإدراك معدوم فى الشخص الاعتبارى ، حيث أنه لاعقل له. وهذا القول محل نظر إذ هو يقوم على تقريب الشخص الاعتبارى من الإنسان أكثر مما يجب . فالأهلية لا تدور مع الإدراك وجودا وعدمــا إلا بالنسبة إلى الإنسان . لأنه هو وحده الذى يتفاوت عنده الإدراك بين العدم والكمال .

أما الشخص الاعتبارى، فتثبت له الأهلية حكما كلما منحه القانون سلطة مباشرة التصرفات التى تخصه . وهذا فعلا ما يقرره القانون

المدنى فى المادة ٥٣ حيث يقضى بأن للشخص الاعتبارى " أهلية فى الحدود التى يعينها سند إنشائه ، أو التى يقررها القانون" (١).

٧٤- اسم الشخص الاعتبارى :

للشـــخص الاعتـــبارى اســـم يتميز به عن غيره من الأشخاص الاعتباريين . وقد يستمد ذلك الاسم من الغرض الذى من أجله أنشأ الشـــخص وقـــد يكـــون مستمدا من اسم بعض الأشخاص الطبيعين المكونيـــن له مع وجود ما ينفى الصفة الفردية للنشاط، ونسبته إلى ذلك الشخص المعنوى .

وقـــد يكتســـب اســـم الشخص المعنوى قيمة مالية إذا كان يمثل العنوان الذى يمارسون تحته نشاطا تجاريا . وبالتالى فقد يخرج عن نطـــاق الحقـــوق اللصـــيقة بالشخصية ويدخل فى دائرة التعامل . ويحمـــى القـــانون اســـم الشخص الاعتبارى كما يحمى تماما اسم الشخص الطبيعى .

٧٥- الذمـــة المالية للشخص الاعتبارى :

للشـــخص الاعتـــبارى ذمة مالية . وهذه الذمة مستقلة عن ذمة الأشخاص المكونين له . وبهذا لا يكون لدائنى هؤلاء الأشخاص أن يـــرجعوا بديونهـــم علـــى الشخص الاعتبارى كما أنه ليس لدائنى الشخص الاعتبارى الرجوع على الأموال الخاصة بالأعضاء للتنفيذ

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٨٠ ومابعدها .

علـــيها مع مراعاة أنه بالنسبة للشركات المدنية وشركات التضامن والتوصـــية يكـــون كل الشركاء فيها أو بعضهم مسئولين عن ديون الشركة فى أموالهم الخاصة .

وهذا لايعنى اختلاط ذمة الشخص الاعتبارى مع ذمم الشركاء، وإنمـــا كـــل ما هنالك أن الشركاء يضعون ذممهم المستقلة لضمان الوفاء بديون الشركة وذلك كضمان إضافى لدائنى الشركة .

ويســـتتبع استقلال ذمة الشخص الاعتبارى عن ذمة الأشخاص المكونين له أنه يجوز مقاضاته ، كما يجوز له أن يقاضى ، أى أن يـــرفع الدعاوى عن طريق ممثلين كما ترفع عليه وتنصرف الآثار المترتـــبة على هذه الدعاوى إلى ذمته الخاصة[1]. وذلك دون حاجة إلى مقاضاة كل عضو من أعضائه.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " اســـتقلال كل فرع من فروع الشخص الاعتبارى الخاص بميزانية قائمةبذاتها تعرض على مركزه الرئيسى وتخصيصه بمدير وبعدد كاف من الموظفين وبحساب مصرفى وموطن مبين فى سجله الـــتجارى لايمـــنع أن يعهد بالإشراف عليه ، وعلى بعض الفروع الأخرى إلى مركز إدارة آخر يخضع بدوره للمركز الرئيسى " .

(طعن رقم ٥٦٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/١١/١٩)

---

(١) نبيل سعد ص ١٨٦- حسن كيره ص ٦٥٤ ومابعدها .

٢- "إذ كان الحكم قد استخلص من المستند- المقدم من الطاعنة- أن الشركة العامة لدور السينما اشترت الذمة المالية للشركة الشرقية للسينما بكامل عناصرها من أصول وخصوم دون تحديد أو تقييد بما ورد فى قرار التقييم أو قرار الحارس العام الصادر باعتماده وأنه بالتالى تكون الشركة المشترية قد خلفتها خلافة تامة ، ثم اندمجت الشركة الأخيرة فى شركة القاهرة للتوزيع السينمائى التى اندمجت فى المؤسسة المصرية العامة للسينما وأنه لهذا تكون المؤسسة المذكورة هى صاحبة الصفة فى إقامة الدعوى عليها وهو استخلاص سائغ يتفق مع صحيح القانون ، وإذ رتب الحكم على ذلك القضاء برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذى صفة ، فإن النعى عليه يكون غير سديد " .

(طعن رقم ٦١ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٧/٢/١٥)

٧٦- حق التقاضى :

خولت المادة (٥٣/ جـ) للشخص الاعتبارى حق التقاضى فالشخص الاعتبارى كالشخص الطبيعى يثبت له حق التقاضى، فترفع الدعاوى منه أو عليه . وينوب عن الشخص الاعتبارى فى ذلك نائبه كما سنرى .

ويراعى أن تمثيل الشخص الاعتبارى بواسطة نائبه فى التقاضى لاينتج أثره إلا إذا كان فى حدود النشاط المسموح به للشخص

الاعتــباري . ذلــك أن ثبوت الشخصية للشخص الاعتباري يحكمه مــبدأ التخصــص ولذلــك فإن هذا المبدأ من شأنه أن يحكم نشاطه الــنقابي كذلــك . فالجمعيات الخيرية مثلا ليس لها أن تقوم بأعمال سياســية وبالمثل فتخصص شركة أو أي شخص معنوي آخر في القــيام بنشــاط معين يجعل غيره من الأنشطة محرما عليها بصفة عامة وذلك ما لم يكن تابعا أو مكملا للنشاط الأصلي فالشركة التي تقــوم ببناء عمارات للاستثمار ليس لها أن تقوم باستخراج البترول مثلا[١] .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

" نصــت المــادة ١/٥٢ من القانون المدني على أن الأشخاص الاعتــبارية هــي الدولة والمديريات والمدن والقرى بالشروط التي يحددهــا القانون والإدارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة الــتي يمــنحها القــانون شخصية اعتبارية فيكون لها حق التقاضي ويكون لكل منها نائب يعبر عن إرادته (م ٥٣) من القانون المدني".

(طعن رقم ١٣٢ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١١/١)

---

(١) المستشــار مصطفى هرجــه الأشخاص والأموال في القانون المدني – دار محمود للنشر والتوزيع ص ١٩٩ ومابعدها .

٧٧ـ موطن الشخص الاعتبارى :

للشخص الاعتبارى موطن مستقل ، ويعتبر موطنه المكان الذى يوجد فيه مركز إدارته.

والمقصود بمركز إدارة الشخص الاعتبارى ، المركز الرئيسى لنشاطه القانونى والمالى والإداري، فهو ليس بالضرورة نفس مركز الاستقلال . فكثيرا ما يوجد الاستغلال فى المكان المناسب له بعيدا عن مركز الإدارة الرئيسى . ولكن يجب أن يكون هذا المركز مركزا حقيقيا لا وهميا للإدارة . وإذا كان من الممكن تغييره ، فلا يعتد بهذا التغيير إلا إذا كان تغييرا حقيقيا [(١)].

وقد طبقت نفس المبدأ الفقرة الأولى من المادة ٥٢ من قانون المرافعات إذ تنص على أنه : " فى الدعاوى المتعلقة بالشركات أو الجمعيات القائمة أو التى فى دور التصفية أو المؤسسات الخاصة يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها مركز إدارتها سواء أكانت الدعوى على الشركة أو الجمعية أو المؤسسة أم من الشركة أو الجمعية أو المؤسسة على أحد الشركاء أو الأعضاء أو من شريك أو عضو على آخر " .

وإذا كان الشخص الاعتبارى لا يباشر نشاطه فى مكان واحد ، بأن كانت له فروع تباشر نشاطها فى أماكن متعددة ، فيعتبر المكان

---

(١) حسن كيره ص ٦٥٣ .

الـــذى يوجـــد بـــه كل فرع من هذه الفروع موطنا خاصا بالأعمال المتعلقة به .

وفـــى هذا تنص الفقرة الثانية من المادة ٥٢ مرافعات على أنه: "ويجوز رفع الدعوى إلى المحكمة التى يقع فى دائرتها فرع الشركة أو الجمعـــية أو المؤسسة وذلك فى المسائل المتصلة بهذا الفرع" . وقد تغيا المشرع من ذلك التيسير على المتعاملين .

أما الشركات التى يكون مركزها الرئيسى فى الخارج ولها نشاط فـــى مصـــر فـــإن مركز إدارتها يعتبر بالنسبة إلى القانون الداخلى المكان الذى توجد فيه الإدارة المحلية (م٥٣/د) .

وجـــاءت المـــادة ٥/١٣ من قانون المرافعات متفقة مع التقنين المدنـــى فى هذا الصدد إذ نصت على أن تسلم صورة الإعلان فيما "يـــتعلق بالشـــركات الأجنبية التى لها فروع أو وكيل فى جمهورية مصر العربية إلى هذا الفرع أو الوكيل " .

وقـــد قصـــد بذلـــك مجرد التيسير فى إتمام الإعلان والتعجيل بإجـــرائه ، ولا يقصـــد به حرمان صاحب الشأن من أصل حقه فى إجراء الإعلان فى مركز الشركة الرئيسى بالخارج .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الـــنص فى المادة ٦/١٤ من قانون المرافعات السابق على أنه "فـــيما يـــتعلق بالشركات الأجنبية التى لها فرع أو وكيل فى مصر

تسـلم صـورة الإعـلان إلى هذا الفرع أو الوكيل " . لايقصد به حـرمان صاحب الشأن من أصل حقه فى إجراء الإعلان فى مركز الشركة الرئيسى فى الخارج، وإنما قصد به مجرد التيسير عليه فى إتمـام الإعلان والتعجيل بإجرائه ، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ انـتهى إلى صحة إعلان الاستئناف الموجه إلى مقر الشركة فى الخارج لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه " .

(طعن رقم ١٤٥ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/١٢/١٠)

٧٨ـ النائب عن الشخص الاعتبارى :

تنص المادة ٣/٥٣ على أن" ويكون له " أى الشخص الاعتبارى" نائب يعبر عن إرادته " .

ويكـون لهذا النائب أن يقوم بأعمال الإدارة وبأعمال التصرف سـواء أكانـت بمقـابل أو بـدون مقابل . ويجب أن نميز بالنسبة للتصـرفات الـتى بدون مقابل بين الوصايا والهبات . ففيما يتعلق بالوصـايا فإنه لايجوز للشخص الاعتبارى أن يتصرف فى أمواله بطـريق الوصـية إذ الوصـية عمل قانونى لايقوم به إلا الشخص الطبيعى . حقيقة إن الشخص الاعتبارى يستطيع فى بعض الحالات أن يـنص على مصير أمواله بعد انقضائه ، فقد تنص الجمعية فى نظامها الأساسى على مصير أموالها بعد حلها وكذلك يمكن أن تفعل المؤسسـة ، إلا أن كـل ذلك يجب ألا يعتبر وصية . وفيما يتعلق

بالهبات ينبغى أن نفرق بين الأشخاص الاعتبارية التى يكون من أغراضها الأساسية التبرع وبين الأخرى التى لايكون ذلك من أهدافها . فالأولى لامراء أن لها أهلية التبرع ، أما الثانية فليس لها أهلية للتبرع بنفس الدرجة من اليقين ، وطريق الضبط فى هذا الأمر أن يقال إن لها أهلية التبرع بالأشياء زهيدة القيمة أما ما فوق ذلك فلها أهلية التبرع به ما لم يقيد من أهليتها فى هذا الصدد نص فى القانون أو فى نظام الجمعية أو فى سند إنشاء المؤسسة [١].

٧٩ـ المسئولية المدنية للشخص الاعتبارى :

الشخص الاعتبارى ليس له إدراك أو تمييز ، ومع ذلك فهو يباشر نشاطه – كما رأينا سلفا – عن طريق ممثلين من الأشخاص الطبيعيين ، وهؤلاء يتوافر لهم الإدراك والتمييز ، وذلك كالشركة التى يمثلها مديرها أو رئيس مجلس إدارتها .

وعلى ذلك يسأل الشخص المعنوى مسئولية عقدية وتقصيرية حسب الأحوال عما يرتكبه ممثله من خطأ ، ويكون أساس المسئولية التقصيرية المادة ١٦٣ مدنى .

كما يسأل الشخص المعنوى مسئولية مفترضة عملا بالمادة ١٧٨ مدنى ، كما يسأل باعتباره متبوعا عن الضرر الذى يحدثه

---

(١) عبد الحى حجازى ص ١٧٥ ومابعدها .

تابعـــه بعملـــه غير المشروع ، متى كان واقعا منه فى حالة تأدية وظيفته أو بسببها عملا بالمادة ١٧٤ مدنى [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الوقـــف بأحكامـــه المقررة فى الفقه الإسلامى هو فى فقه القـــانون المدنـــى شخص اعتبارى تكاملت فيه مقومات الشخصية القانونية .

والشخص الاعتبارى كما أن له وجودا افترضه القانون له إرادة مفترضة هى إرادة الشخص الطبيعى الذى يمثله . فالخطأ الذى يقع مـــن ممثله بصفته هذه يعتبر بالنسبة إلى الغير الذى أصابه الضرر خطـــأ من الشخص الاعتبارى . فالحكم الذى يرتب المسئولية على جهة الوقف عن خطأ وقع من الناظر عملا بالمادة ١٥١ من القانون المدنى لايكون مخطئا " .

(طعن رقم ٥٤ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/٣/١١)

٢- " تـــنص المـــادة ٢٨ من القانون المدنى على أنه " لايجوز تطبـــيق أحكـــام قانون أجنبى عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب فى مصر " ومؤدى ذلك نهى

---

(١) المستشـــار عـــز الديـــن الدناصـــورى والدكتور عبد الحميد الشواربى المســـئولية المدنية فى ضوء الفقه والقضاء طبعة ١٩٨٨ ص ٧٨- عبد المنعم البدراوى ص ٢١٠- نبيل سعد ص ١٨٧ .

القاضـــى عن تطبيق القانون الأجنبى كلما كانت أحكامه متعارضة مـــع الأســس الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية أو الخلقية فى الدولـــة ممـــا يتعلق بالمصلحة العليا للمجتمع . وإذ كان الاعتراف بالأشـــخاص الاعتــبارية وتقرير مساءلتها مدنيا مما يسند إليها من أعمـــال غـــير مشروعة يعتبر من الأصول العامة التى يقوم عليها النظام الاجتماعى والاقتصادى فى مصر وتعتبر بالتالى من المسائل المـــتعلقة بالنظام العام فى معنى المادة ٢٨ المشار إليها فإن الحكم المطعـــون فـــيه إذ اســـتبعد القانون الإيرانى وطبق أحكام القانون المصـــرى لمـــا تبينه من أن القانون الأول لايجيز مساءلة الشخص الاعتـــبارى عن الفعل الضار فإنه لايكون مخالفا للقانون ، ولايقدح فـــى صـــحته ما جاء بالمذكرة الايضاحية تعليقا على قاعدة الإسناد المنصـــوص عليها فى المادة ٢١ من القانون المدنى من أن القانون الأجنـــبى يختص بالفصل فى أهلية المساءلة عن الفعل الضار ذلك أن القـــانون الأجنبى يمتنع تطبيقه عملا بالمادة ٢٨ مدنى كلما كان حكمـــه فـــى شأن المسئولية أو فى شأن شرط من شروطها مخالفا للنظام العام ".

(طعن رقم ٣٠٨ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٦/٢٥)

٣- لمـــا كـــان الثابـــت أن المطعون عليه الثالث وقت وقوع الحادث كان تابعاً للجمعية الآنفة الذكر (الجمعية التعاونية الزراعية)

فـــتكون مسئولة عن الضرر الذى أحدثه تابعها بعمله غير المشروع طالما كـــان واقعاً منه فى حـــالة تأدية وظيفته أو بسببها وفقاً للمادة (١٧٤) مـــن القـــانون المدنـــى. لما كان ما تقدم وكان يشترط لقيام رابطـــة التبعية أن يكون للمتبوع على التابع سلطة فعلية فى رقابته وتوجيهه ومن ثم فإنه لايغيرمن هذا النظر ما نصت به المادة (٥٢) مـــن القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٦٩ من أن تباشر الدولة سلطتها فى الرقابة على الجمعيات التعاونية الزراعية بواسطة الوزير المختص، لأن ذلـــك لايفقد الجمعية السالفة الذكر شخصيتها الاعتبارية ، وإذ خـــالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وأيد حكم محكمة أول درجة بصـــدد مـــا تضـــمنه من رفض الدفع المبدى من الطاعن – وزير الزراعة بصفته– بعدم قبول الدعوى لرفعها علىذى صفة بالنسبة له ومـــا ترتب على ذلك من إلزامه بأداء مبلغ التعويض المقضى به ، فـــإن الحكـــم المطعون فيه ، يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون مما يوجب نقضه فى هذا الخصوص " .

(طعن رقم ١٨٥١ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/١٢/٩)

٨٠ ـ المسئولية الجنائية للشخص الاعتبارى :

لاشك فى أن من يرتكب جريمة من أعضاء الشخص الاعتبارى وعماله يسأل عن فعله شخصيا ولو كان قد ارتكبها لصالح الشخص الاعتبارى .

غــير أن معظــم الشراح يرون أن الشخص الاعتبارى لايسأل جنائــيا عمــا يقــع من ممثليه أثناء قيامهم بعملهم ، ولو كان ذلك لحســابه . ذلك أن المسئولية الجنائية تستلزم الإرادة لدى المسئول، والشــخص الاعتبارى لا إرادة له ، وما يقع من الجرائم يرجع إلى إرادة ممثلــيه والقائمين بالأمر فيه . وخصوصا وأن من العقوبات مــا يســتحيل توقــيعه على الشخص الاعتبارى كالعقوبات المقيدة للحرية .

على أن هناك رأيا حديثا يذهب إلى مساءلة الشخص الاعتبارى جنائيا ، فالشخص الاعتبارى حقيقة وله وجود حقيقى ، وليس مجرد افــتراض ، ومادمــنا اعتــبرنا له شخصية متميزة عن الأشخاص المكونيــن له ، جــاز القــول بمســاءلته شخصــيا . وإذا كان من المستحيل تطبيق بعض العقوبات على الشخص الاعتبارى، فإن من العقوبــات ما يصح توقيعها عليه كالغرامة . ويمكن فضلا عن ذلك أن تــنظم عقوبات خاصة به كالحل أو الحرمان من بعض الحقوق والمزايا .

علــى أن هــذا الخــلاف الفقهى لا يمكن أن يؤثر فى القانون الوضــعى. فالقــاعدة فى القانون الجنائى أن المسئولية لاتقوم إلا بنص . ولذلك فإنه يجب أن يقتصر فى مساءلة الشخص الاعتبارى على الحالات الخاصة التى ورد فيها نص . وفى غير هذه الحالات

لاتصـــح مســـاءلته جنائيا وإنما يسأل عن الجريمة من ارتكبها من عمالـــه وممثلـــيه ، وإنما يجوز أن تمتد الآثار المالية المترتبة على الحكـــم إلى الشخص الاعتبارى . كالحكم يهدم بناء خارج عن خط التنظيم ، أو إعلان محل ، أو المصادرة [١].

فنائـــب الشخص الاعتبارى الذى يوفى دين الشخص الاعتبارى بإصـــدار شـــيك بدون رصيد يرتكب خطأ بسبب العمل، فيسأل عن شـــقه الجـــنائى أمـــا شقه المدنى فيسأل عنه الشخص الاعتبارى. والنائـــب الـــذى يهمل حراسة الأشياء فيتسبب فى إحداث إصابة أو وفاة ، يسأل عن الشق الجنائى دون الشق المدنى [٢].

وبالنســـبة للجـــرائم الاقتصادية فقد اتجه المشرع تدريجيا إلى تقرير هذه المسئولية تحت ضغط الظروف الاجتماعية والاقتصادية. فقدأقر المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ الخاص بشئون التموين مســـئولية الشخص المعنوى جنائيا عن الجرائم التموينية وهى التى تدخـــل فـــى عداد الجرائم الاقتصادية . فقد نصت المادة (٥٨) منه على أن تكون الشركات والجمعيات والهيئات مسئولة بالتضامن مع المحكوم عليه بقيمة الغرامة والمصاريف .

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٢١١ ومابعدها- حسن كيره ص ٦٦٢ ومابعدها- نبيل ص ١٨٧ ومابعدها .

(٢) المستشار أنور طلبه ص ١٠٠ .

ومســئولية الشركات والجمعيات فى هذه الحالة مسئولية جنائية غــير مباشرة، وفيها لاتقام الدعوى الجنائية عليها باعتبارها خصما أصليا وإنما باعتبارها خصما تبعيا (١).

---

(١) المستشار عز الدين الدناصورى والدكتور عبد الحميد الشواربى المسئولية الجنائية فى قانونى العقوبات والإجراءات – منشأة المعارف بالاسكندرية ص ٧٥ ومابعدها .

الجمعيات

المواد (٥٤ – ٨٠)

(ألغيت بالقانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦)

الشـــرح

٨١ ـ إلغاء المواد (٥٤ـ٨٠) بالقانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ :

المـــواد (٥٤ – ٨٠) من التقنين المدنى كانت تنظم الجمعيات والمؤسســات ، وقد ألغيت بالقانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ بإصدار قـانون الجمعـيات والمؤسسات الخاصة ، والذى ألغى وحل محله القانون رقم ٤٢ لسنة١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة، والـذى ألغـى بـدوره وحل محله القانون رقم ١٥٣ لسنة ١٩٩٩ بإصـدار قـانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة ، وقد قضى بعدم دسـتورية القـانون الأخـير لسبب شكلى بتاريخ ٢٠٠٠/٦/٣ فى القضـية رقم ١٥٣ لسنة ٢١ قضائية " دستورية" الجريدة الرسمية العـدد ٢٤ فـى ٢٠٠٠/٦/١٧ ، فأصدر المشرع القانون رقم ٨٤ لسـنة ٢٠٠٢ بشـأن الجمعـيات والمؤسســات الأهلية (الحالى)، وصـدرت لائحـته التنفـيذية بقـرار وزيـرة التأمينات والشئون الاجتماعية رقم ١٧٨ لسنة ٢٠٠٠ الصادر بتاريخ ٢٠٠٢/١٠/٢٣ والمنشـور فـى ذات التاريخ بالوقائع المصرية العدد ٢٤٤ (تابع) وعمـل به اعتبارا من اليوم التالى لنشره (المادة الأولى من مادتى إصدار اللائحة) .

(الفصل الثالث)
(تقسيم الأشياء والأموال)
مــادة (٨١)

١- كل شىء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية .

٢- والأشـــياء الـــتى تخـــرج عن التعامل بطبيعتها هى التى لايســـتطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، وأما الخارجة بحكم القانون فهى التى لايجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية .

الشـــــرح

٨٢ـ الفرق بين الأشياء والأموال :

قـــد يكون محل الحق المالى شيئا من الأشياء ، وقد يكون عملا يقـــوم بـــه المدين . فإذا كان الحق عينيا كان محله بالضرورة شيئا كحـــق الملكية . وأما إذا كان الحق المالى حقا شخصيا ، فإن محله يكون عملا يقوم به المدين . والعمل الذى يرد عليه الحق الشخصى قـــد يكون إعطاء شيء، كما فى التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشـــترى، إذ يـــؤول فى النهاية إلى إعطاء شىء – هو المبيع – للمشترى . كما أن العمل فى الصور الأخرى للحق الشخصى يمكن تقويمه بمبلغ من النقود وهى أشياء .

ولذلك يمكن أن يقال أنه إذا كان العمل هو المحل المباشر للحق الشخصـــى فإن الشئ هو المحل غير المباشر لهذا الحق . ومن ثم يتضح أن الأشياء باعتبارها محلاً للحقوق تزيد أهميتها عن الأعمال. ويخلط البعض أحيانا بين الأشياء والأموال ، **والواقـــع أن المال هو كـــل حـــق مالى سواء أكان حقا شخصيا أم كان حقا عينيا ، وأما الشـــىء فهـــو محل الحق المالى إذا كان حقا عينيا** والذى دعا إلى الخلـــط بيـــن الشيء والمال هو أن الشىء فى معظم الأحوال يكون مقـــررا علـــيه حق مالى فيعتبر مالا بسبب وجود هذا الحق، ولكننا رأيـــنا أن الحق المالى قد يكون أيضا عملا ، فيعتبر العمل فى هذه الحالـــة مالا . كما أنه إذا لم يكن الشئ محلا لحق من الحقوق فلا يكون هناك مال وإنما شئ من الأشياء ، كما فى الأشياء المباحة[1].

وقـــد جـاء فـى " نظـرية عامـة للمشـروع التمهيدى " للتقنين المدنى ما يأتـى :

" روعـــى فى هذا الفصل التمييز بين الأشياء والأموال . فالمال فـــى عـــرف القانون هو الحق ذو القيمة المالية أيا كان ذلك الحق سواء أكان عينيا أم شخصيا أم حقا من حقوق الملكية الأدبية والفنية والصـــناعية الـــخ . أما الشئ سواء أكان ماديا أم غير مادى، فهو

---

(١) عبد الودود يحيى ص ١١٠ – محمد حسام لطفى ص ٢٤٨ ومابعدها .

محـــل ذلك الحق . وقد أريد بذلك تحاشى ما وقع فيه التقنين الحالى ومعظم التقنينات الأجنبية من خلط بين الشئ والمال، مما جعل تلك التقنيـــنات تعرف المال فى بعض نصوصها بأنه شئ (أنظر المواد مـــن ١ إلـــى ١٠ من التقنين المدنى الأهلى ومن ١٥ إلى ٢٦ من التقنيـــن المختلط ، ومن ٥١٨ إلى ٥٢٣ من التقنين الفرنسى، ومن ٤٠٦ إلـــى ٤١٢ مـــن التقنيـــن الإيطالى ومن ٣٣٣ إلى ٣٣٤ من التقنين الأسبانى ومن ٥٦٠ إلى ٥٦٣ من التقنين الهولندى ومن ٤٣ إلى ٤٧ من التقنين البرازيلى والمادة الأولى والمواد ٤، ٥ ، ٩ من مشـــروع تعديل التقنين الإيطالى) ، وفى بعض النصوص الأخرى أنه حق (أنظر العبارة الأخيرة من المادة ٢/١٦ من التقنين الحالى، والمـــادة ٥٢٦ مـــن التقنيـــن الفرنســـى ، والمادة ٤١٥ من التقنين الإيطـــالى ، والمـــادة ٥٦٤ مـــن التقنين الهولندى) فأدى ذلك إلى إطـــلاق التقسيمات الخاصة بالأشياء على الأموال أيضا ، فى حين أن بعـــض هذه التقسيمات لايصدق إلا على الأشياء كتقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمية وإلى قابلة للاستهلاك " [١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ١ ص ٤٥٧ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" والمـــال فى عرف القانون هو كل شىء متقوم نافع للإنسان يصـــح أن يستأثر به وحده دون غيره . وكما يكون المال شيئا ماديا كالأعـــيان التى تقع تحت الحواس يكون شيئا معنويا كالحقوق التى لاتدرك إلا بالتصور . والاستشفاع حق من هذه الحقوق توافرت فيه عناصـــر المالـــية : وهـــى النفع والتقوم وقابلية الاستئثار ، فوجب اعتباره مالا يورث، لاحقا متصلا بشخص الشفيع " .

(طعن رقم ١٦ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/١/٣١)

٨٣ ـ الأشياء التى تصلح محلا للحقوق المالية :

تـــنص الفقرة الأولى من المادة على أن : " كل شئ غير خارج عـــن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية " .

فالأصـــل أن كل شىء يصح التعامل فيه يصلح لأن يكون محلا للحقوق المالية . والأشياء التى لايصح التعامل فيها أو بعبارة أخرى الـــتى تخـــرج عن دائرة التعامل كما ذكرت الفقرة الثانية من المادة هـــى : أولاً : **الأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها وهى التى لايســـتطيع أحـــد يســـتأثر بحيازتها . وهذه الأشياء** هى ما تسمى بالأشياء المشتركة التى ينتفع بها الكافة كأشعة الشمس والهواء وماء الـــبحر . وســـبب عـــدم قابلية هذه الأشياء للتعامل هو أنه لايمكن

لاســتئثار بها فى مجموعها فلا يستطيع أن يستحوذ عليها شخص. لكــن إذا اســتطاع شخص الاستئثار بكمية من هذه الأشياء فإنها تصبح مملوكةله ملكية فردية وبالتى يصح أن تكون محلا للتعامل ، كالاستئثار بكمية من الهواء بوضعه فى أنبوبة .

ثانــياً : الأشــياء التى تخرج عن التعامل بحكم القانون . وهذه تشمل صورتين :

الصــورة الأولــى : وهى الخاصة بالأشياء التى يحرم القانون التعامل فيها باعتبارها مخلة بالنظام العام أو بالآداب العامة . ومثل ذلــك المخدرات والنقود المزيفة والأقلام والكتب والصور الجنسية. ومــع ذلــك فليس ثمة ما يمنع المشرع من إجازة التعامل فى هذه الأشــياء علــى سبيل الاستثناء لتحقيق غرض معين . ومثال ذلك استخدام المخدرات فى الأغراض الطبية .

الصــورة الثانية : الأشياء المملوكة للدولة أو لأحد الأشخاص الاعتبارية العامة والتى تكون مخصصة للمنفعة العامة، وهى تسمى بالأ وال العامة . ومثال ذلك الشوارع والميادين والأنهار وشواطئ البحار والمرافق العامة ، مثل محطات الكهرباء والمياه والغاز[١].

(أنظر شرح المادة ٨٧ مدنى) .

---

(١) نعمان جمعه ص ٥٣٤ ومابعدها– حسام الدين الأهوانى ص ٢٧٨ ومابعدها.

وقد جاء المشروع التمهيدى أنه :

" وضع المشروع بهذه المادة أساس التفرقة بين الأشياء والأموال، فبين أن الشئ غير المال ، وأنه لايعدو أن يكون محلا للحقوق المالية بشرط ألا يكون خارجا عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون .

والأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها هى التى يمكن أن ينتفع بها كل الناس بغير أن يحول انتفاع بعضهم دون انتفاع البعض الآخر ، كالهواء والماء الجارى وأشعة الشمس إلخ . ولذلك عرفها المشروع بأنها الأشياء التى لايستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها. والأشياء التى تخرج عن التعامل بحكم القانون هى التى ينص القانون على عدم جواز التعامل فيها بوجه عام كالحشيش والأفيون والأشياء التى تدخل ضمن الأموال العامة ، ولايغير من هذا الوصف إجازة نوع معين من التعامل فى هذه الأشياء كبيع الحشيش والأفيون لأغراض طبية ، وإعطاء رخص لاستعمال بعض الأموال العامة إلخ ... " (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان الحكم قد رد على ادعاء الطاعنة المؤسس على أن عدم تحمل وزارة الأوقاف والتركة بالتضامن بينهما بما صرفته

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ٤٦٠ .

فـــى تشييد المسجد نفاذا لوصية المورث ، من شأنه أن يترتب عليه إثـــراء كل منهما على حسابها ، فرفض الحكم دعواها بالنسبة إلى وزارة الأوقـــاف ، اســـتنادا إلـــى أن بناء المسجد لم يكن من مال الطاعـــنة ، بل كان مما حصلته من ريع أعيان التركة وأن الاثراء لاوجود له ، إذ لايمكن اعتبار المسجد ثروة عادت على الوقف، إذ هـــو بـــناء خـــارج عن دائرة التعامل ، ففى هذا الذى أورده الحكم خاصا بوزارة الأوقاف ما يصلح ردا بالنسبة للتركة، ومن ثم يكون النعى عليه بالبطلان لقصوره فى هذا الخصوص لامبرر له " .

(طعن رقم ١٥٠ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/١١/١٦)

٢- " قصد المشرع بما تقضى به المادة ٨١ من القانون المدنى من أن الأموال العامة تخرج عن التعامل بحكم القانون، عدم جواز التصرف فى هذه الأموال أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم ، وهو ما نص عليه فى المادة ٢/٨٧ من القانون المدنى ، وهذا أمر لاشأن له بتقدير قيمة الدعوى " .

(طعن رقم ٢٣٨ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٧/١٢/١٢)

مـــادة (٨٢)

١- كـــل شـــىء مستقر بحيزه ثابت فيه لايمكن نقله منه دون تلف، فهو عقار . وكل ما عدا ذلك من شىء فهو منقول .

٢- ومـــع ذلك يعتبر عقارا بالتخصيص ، المنقول الذى يضعه صـــاحبه فـــى عقـــار يملكـــه ، رصـــدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله.

الشـــــرح

٨٤- تعريف العقـار :

العقـــار هـــو كل شىء مستقر بحيزه ثابت فيه لايمكن نقله منه دون تلف .

غير أنه يعتبر عقارا بالتخصيص ، المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه ، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلا له .

فالقانون إذن يعرف نوعين من العقارات هما :

١- العقار بطبيعته .

٢- العقار بالتخصيص .

ونعرض لهذه النوعين فيما يلى .

٨٥ ـ النــوع الأول مــن العقــار :
العــقــار بطبيعتــه :

وردت عــبارات الفقــرة الأولى من المادة ٨٢ واضحة عند ما عرفــت العقـــار بطبيعته ، فقد أتت بتعريف لايحتاج إلى شرح أو إيضـــاح . فالعقـــار بطبيعـــته هو كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لايمكـــن نقله منه دون تلف . وذلك ينطبق أساسا على الأرض وما فـــى جوفهـــا من معادن وأحجار . كما ينطبق على كل ما يلتصق بـــالأرض مـــن نبات أو بناء . والالتصاق بالأرض شرط أساسى لاعتـــبار النباتات والمبانى من قبيل العقارات ، فلا يعتبر كل الأبنية عقـــارات بطبيعـــتها ، بل يجب لذلك أن يكون الالتصاق بالأرض كاملا بحيث لايمكن فصلها بدون أن يعتريها خلل أو تلف .

وبـــناء عليه لاتعتبر من العقارات الخيام المضروبة فى الأرض لأنه يمكن نقلها بدون أن يعتريها خلل أو تلف .

ولكن تعتبر من العقارات الأشجار والنباتات الضاربة بجذورها فى الأرض بحيث لايمكن نقلها إلا بعد قلعها أو إتلافها .

وتعتـــبر المـــبانى والمفروشات عقارات بطبيعتها بمجرد توافر شرط التصاقها بالأرض ، بصرف النظر عن الشخص الذى أحدث هـــذا الالتصـــاق . فـــإذا قام شخص بالبناء أو الغراس على أرض مملوكـــة لغـــيره، فإنه يحق للمالك – بقيود معينة – أن يأمره يهدم

البـــناء أو قلع الغراس (م٩٢٤) ، إلا أن ذلك لايمنع اعتبار البناء أو الغراس عقارات بطبيعتها حتى يحصل هدمها أو خلعها .

وكـــل ما يكمل البناء ويندمج فيه كالشرفات والمزاريب ومانعة الصـــواعق والمصـــعد الكهربائى وأنابيب المياه وأسلاك الكهرباء ..... الخ ، كل هذه الأشياء تأخذ حكم البناء وتعتبر بالتالى عقارات بطبيعتها .

ويدخل فى معنى العقار جميع المنشآت الثابتة من كبارى وسدود وطـــرق أيا كانت مواد البناء ، ودون نظر إلى الغرض المخصصة لـــه أو المدة المقررة لوجودها . فالمنشآت المؤقتة لإقامة المعارض أو الاستعراضات تعتبر عقارات مادامت مثبتة بالأرض ، ولكن إذا تعلق الأمر بمسكن متحرك على عجل مثل عربات النوم التى تقطر سيارات الركوب (وهو طراز من المساكن يستخدم كثيرا فى أوربا للإقامة بالمحميات) فهى لاتعتبر عقارا [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" قســـمت المادة ١١٢ الأشياء التى يصح أن تكون محلا لحقوق مالـــية إلـــى أشياء ثابتة (أو عقارات) وأشياء منقولة (قارن المادة ٣٧٣ مـــن التقنيـــن البرتغالى) ولم تتعرض لتقسيم الأموال من هذه الناحية ، فحذفت العبارة الأخيرة من المادة ٢/١٦ من التقنين الحالى

---

(١) نعمان جمعه ص ٥٣٦ .

التى نصت على الحقوق العينية المتعلقة بالأموال العقارية إذ أن هذه الحقوق تعتبر أموالا لا أشياء . وقد نص عليها المشروع فى المادة التالية .

وعــرف الــنص العقــار بأنه كل شئ له مستقر ثابت ، بحيث لايمكــن نقلـــه دون تلف . وينطبق ذلك على كل شيء حائز لصفة الاســتقرار سواء أكان ذلك من أصل خلقته أم بصنع صانع . ولما كــان الحكـــم واحدا فى كلتا الحالين ، فقد رؤى حذف العبارة التى تقول فى المادة ١٦/٢ من التقنين الحالى " سواء كان ذلك من أصل خلقها أو بصنع صانع " .

ولا يعتـــبر الشيء ذا مستقر ثابت إلا إذا كان لايمكن نقله دون تلــف . فالأكشـــاك التى يمكن حلها وإقامتها فى مكان آخر لاتعتبر أشــياء ثابتة ، أما المبانى التى لايمكن نقلها دون تلف فتعتبر ثابتة حتى لو كانت معدة لتبقى مدة قصيرة (أنظر المادة ٤ من المشروع الإيطالى) وقارن عكس ذلك (المادة ٩٥ من التقنين الألمانى والمادة ٢٣٤٩ من التقنين الأرجنتينى) [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان الثابت من أوراق الدعوى أن مالك الأرض قد آجرها المســتأجر ليقيم عليها منزلا وأقام المستأجر المنزل وظل قائما إلى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ١ ص ٤٦٦ .

أن بـــيع وربطت عليه عوائد مبان وبلدية وخفر وأدخلت فيه المياه والـــنور ، فهـــذا المـــنزل هو مال ثابت ينطبق عليه تعريف المادة الثانـــية مـــن القـــانون المدنى . ولايؤثر فى ذلك أن مالك الأرض اشـــترط فى عقد الإيجار أن يكون له حق الفسخ واسترداد الأرض بما عليها من مبان فى أى وقت على أن يدفع قيمة المبانى التى اتفق على إقامتها بحسب تقدير أهل الخبرة وذلك لأنه لا يشترط لاعتبار البناء عقارا أن تكون إقامته مؤبدة بل يكفى أن تكون مؤقتة لأنه فى الحالتيـــن لايمكـــن فصله عن الأرض بدون أن يتلف . وعلى ذلك فإذا قضت المحكمة بأن هذا البناء يعتبر أنقاضا وأن بيعه يعتبر بيع مـــنقول ناقلا للملكية بمجرد العقد طبقا للمادة ٢٦٧ مدنى ثم أبطلت فى حق المشترى بيعا ثابتا مسجلا صدر من البائع بعد ثبوت تاريخ البيع الأول ، فهذا الحكم يكون مخطئا فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٣٨ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/١/٣١)

٨٦ ـ النوع الثانى من العقـار :

العقار بالتخصيص :

العقار بالتخصيص ليس عقارا بطبيعته، وإنما هو منقول بطبيعته، ولكـــن مالكـــه ألحقه بعقار له بأن خصصه لخدمة العقار واستغلاله، فأصبح تابعا لهذا العقار ، فاعتبره الشرع عقارا (بالتخصيص) فهو بذلك عقار حكما لا حقيقة [1].

---

(١) عبد المنعم الصده ص ١٥٠ .

وسبب إضفاء وصف العقار عليه هو رغبة الشارع فى إعطائه نفس الحماية التى يتمتع بها العقار فى حالة التنفيذ والبيع لسداد ديون الغير. فمثل هذا التنفيذ يمر بإجراءات أكثر تعقيدا من تلك المتعلقة بالمنقول ، كنوع من الضمان للثروة العقارية ، وهى الثروة الأصلية والأساسية فى المجتمع (وعلى الأقل من وجهة النظر التقليدية) (١).

ومن **أمثلة المنقولات التى تصبح عقارا بالتخصيص** المواشى والآلات والأدوات اللازمة لخدمة الأرض ، والآلات والأدوات اللازمة لتشغيل المصنع ، والأثاث اللازم لتشغيل الفندق ، والمكاتب والآلات الكاتبة اللازمة لتشغيل مكتب ما ، والأرفف والفاترينات اللازمة لعرض البضائع ... الخ .

ولكن لا يعتبر عقارا بالتخصيص ذلك الشىء الذى يدخل فى تكوين العقار أو يثبت فيه . ومثال ذلك آلات تكييف الهواء المثبتة بالحائط والأبواب والنوافذ والطوب الذى استخدم فى البناء والآلات المثبتة فى الأرض .

ولايعتبر كذلك عقارا بالتخصيص تلك المنقولات التى توضع فى العقار لخدمة صاحب العقار أو أسرته ، فمثل هذه المنقولات ليست مخصصة لخدمة العقار ، ومن ثم تحتفظ بصفتها كمنقول . ومن ذلك الجياد التى يربيها الشخص لمزاجه الخاص والمواشى

---

(١) نعمان جمعه ص ٥٣٦ .

التى يربيها ليحصل على لبنها أو ليتجر فيها والأثاث الذى يضعه الشخص لاستعمال الشخصى [١].

ويبين مما تقدم أنه يشترط لاعتبار المنقول عقارا بالتخصيص أن تتوافر الشروط الآتية :

١- أن يكون الشىء منقولا بطبيعته : ومن ثم لايجوز أن يعتبر عقارا بالتخصيص ما يعتبر عقارا بطبيعته . وعلى ذلك فالمرايا المثبتة فى الحائط تعتبر جزءا منه ، والآلة المتصلة بالأرض اتصالا وثيقا لاتنفصل عنه دون تلف . تعتبر كل منهما عقارا بطبيعته ومن لايجوز اعتباره عقارا بالتخصيص .

٢- أن يكون العقار الذى رصد المنقول على خدمته أو استغلاله عقارا بطبيعته. ومن ثم لا يعتبر المنقول بطبيعته عقارا بالتخصيص بسبب رصده على خدمة أو استغلال عقار بالتخصيص. ومن ثم فالأدوات المخصصة لاستعمال وابور الطحين مثلا لايجوز اعتبارها عقارات بالتخصيص إذا اعتبر هذا الوابور عقارا بالتخصيص . وكذلك المرايا المثبتة بالحائط والأبواب والنوافذ والطوب الذى استخدم فى البناء والآلات المثبتة فى الأرض . مثل هذه الأشياء تعتبر عقارات بطبيعتها وليست عقارات بالتخصيص .

---

(١) نعمان جمعه ص ٥٣٧ .

٣- أن توجد علاقة تخصيص بين منقول بطبيعته وعقار بطبيعته. فالمنقول الذى يعتبر عقارا بالتخصيص هو الذى يكون قد ألحق فعلا بالعقار لخدمته أو استغلاله ، بحيث تتضح علاقة التخصيص بينهما ، وذلك بأن يضع المالك المنقول فى العقار .

وإذا كانت علاقة التخصيص تبدو واضحة فى تخصيص منقول لخدمة أرض زراعية ، فإنها لا تكون ظاهرة إذا ما خصص المنقول لخدمة بناء . ولذلك يشترط لاعتبار المنقول مخصصا لخدمة بناء أن يكون هذا البناء قد أقيم للغرض المستخدم له أو أعد لهذا الغرض إعدادا خاصا . فالآلات التى يضعها العامل فى مسكنه لاستعمالها فى صناعات بسيطة لاتعتبر عقارات بالتخصيص، لأن محل السكن ليس مصنعا . والمفروشات التى توضع فى غرف للإيجار لاتعتبر عقارات بالتخصيص إلا إذا كان البناء الذى توجد به هذه الغرف قد أنشئ لكى يكون فندقا .

كذلك العقار الملحق به المنقول يتعين أن يكون عقارا بالطبيعة لا عقارا بالتخصيص .

ويكتفى أن يكون التخصيص فى حدود القدر الذى تتم به خدمة العقار أو استغلاله دون النزول إلى حد الضرورة ولا الارتفاع إلى حد المبالغة . ومن ثم يعتبر المنقول عقارا بالتخصيص ولو لم يكن ضروريا لخدمة العقار أو استغلاله متى كان فى إلحاقه بالعقار فائدة

محققة . وينظر إلى ذلك من خلال العرف السارى . فإذا كان العرف يجعل لكل مائة فدان خمسة أزواج من البقر وخمسة أزواج من المحاريث فلا يعتبر عقارا بالتخصيص ما يزيد على هذا العدد.

ولايشترط فى التخصيص أن يكون على سبيل الدوام ، فيكفى أن يكون مؤقتا .

ومن ثم فاللمالك أن يزيل عن العقار بالتخصيص صفة العقار فيعود منقولا ، كما لو تصرف فى العقار بطبيعته واحتفظ بملكية الشيء الذى كان مخصصا لخدمة ذلك العقار أو استغلاله . أو كما لو تصرف فى ذلك الأخير دون الأول فضلا عن أن التصرف فى أحدهما دون الآخر يؤدى إلى اختلاف المالك فى كل منهما. واتحاد المالك فيهما شرط لصيرورة المنقول عقارا بالتخصيص كما سنرى.

٤- أن يكون المنقول والعقار مملوكين لشخص واحد . فأدوات الزراعة المملوكة للمستأجر لاتعتبر عقارات بالتخصيص . ومالك الأرض إذا استعمل أدوات زراعية غير مملوكة له فلا تعتبر هذه الأدوات عقارات بالتخصيص .

والحكمة من هذا الشرط أن إلحاق المنقول بالعقار فى التنفيذ على العقار أو فى التصرف فيه لايتحقق إلا إذا كان مالك العقار هو مالك المنقول [١].

---

(١) عبد المنعم فرج الصده ص ١٠٥ وما بعدها- عبد الحى حجازى ص ١٩٨ ومابعدها

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"يشترط لتخصيص المنقول للعقار أن يكون مالكهما واحدا . وإذن فمتى كان أحد الشركاء على الشيوع فى أرض يمتلك ماكينة ملكية خاصة وأقامها على هذه الأرض بماله واستغلها لنفسه ولحسابه الخاص فإنها لاتعتبر عقارا بالتخصيص " .

(طعن رقم ٣٢٥ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٥/٢/١٠)

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى :

" وقد استثنى المشروع حقوق الملكية الواقعة على المنقولات التى يضعها المالك فى عقار يملكه ، رصدا على خدمة العقار أو استغلاله فاعتبرها أموالا عقارية وهى المعروفة فى الفقه بأنها العقارات بالتخصيص وقد توسع المشروع فيها فلم يقصرها كما فعل التقنين الحالى على الآلات اللازمة أى الضرورية للزراعة وللمصانع (المادة ١٨/٤) ، بل نص عليها فى صيغة عامة تجعلها تشمل كل منقول يضعه مالكه فى عقار مملوك له ويخصصه إما لخدمة العقار كالتماثيل التى توضع على قواعد مثبتة ، وإما لاستغلاله كالآلات الزراعية والصناعية ومفروشات الفنادق والرفوف والخزائن والمقاعد المخصصة لاستغلال المحال التجارية إلخ .... ولايشترط أن يكون المنقول لازما أى ضروريا لخدمة العقار أو استغلاله . بل يكفى تخصيصه لهذه الخدمة أو الاستغلال ولو لم تكن هناك ضرورة تقضى ذلك .

أمـــا إذا وضـــع المنقول لخدمة شخص مالكه لا لخدمة العقار ، فـــإن ذلـــك لايجعلـــه عقـــارا بالتخصـــيص . ولايشترط أن يكون التخصـــيص بصفة دائمة بل يكفى ألا يكون عارضا . ومتى انقطع التخصيص زالت من المنقول صفة العقار .

ولـــم ير المشروع أن يجعل أثر إلحاق صفة العقار بالتخصيص قاصـــرا علـــى عدم جواز الحجز على المنقول الذى تلحق به هذه الصفة حتى يكون الحكم أكثر مرونة وأوسع نطاقا " (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" تعتـــبر المنقولات التى رصدها المالك لخدمة عقاره المستغل استغلالا تجاريا بمعرفته عقارا بالتخصيص ، وفقاً لنص المادة ١٨ مـــن القانون المدنى المختلط وليس بلازم لاعتبارها كذلك أن تكون مثبتة بالعقار على وجه القرار " .

(طعن رقم ١٢١ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/١/١٤)

٢- " جـــرى نص المادة ٨٢ من القانون المدنى بأن " كل شىء مستقر بحيزه ثابت فيه لايمكن نقله منه دون تلف فهو عقار . وكل ماعدا ذلك من شىء فهو منقول ، ومع ذلك يعتبر عقارا بالتخصيص المـــنقول الـــذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه ، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله فالمنقول الذى يضعه المالك فى عقار يملكه

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ١ ص ٤٦٧ .

رصدا على العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص ، ويشترط لتخصيص المنقول للعقار أن يكون مالكهما واحدا " .

(طعن رقم ١٥٨٢ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢)

٨٧ ـ حكم العقار بالتخصيص :

يترتب على اعتبار المنقول عقارا بالتخصيص أنه لايجوز الحجز على المنقول مستقلا عن العقار الذى ألحق به . ومعنى ذلك أنه لايجوز الحجز على هذا المنقول منفردا ، وأن التنفيذ على العقار يشمله حتى ولو لم يذكر ذلك فى تنبيه نزع الملكية .

والوصية بالعقار تشمل العقار بالتخصيص . وكذلك يشمل رهن العقار، العقار بالتخصيص . وعلى هذا نصت المادة ١٠٣٦ مدنى بقولها أن الرهن يشمل " ملحقات العقار المرهون التى تعتبر عقارا ويشمل بوجه خاص العقار بالتخصيص"، وإن كانت القاعدة العامة فى التخصيص تغنى عن هذا النص . وفى حالة القسمة يكون العقار بالتخصيص من نصيب من حصل على العقار ، حتى ولو كانت القسمة بسبب وفاة المالك ، لأن التخصيص لايزول بالوفاة .

والعقار بالتخصيص يشمله بيع العقار ، إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" تعتبر العقارات بالتخصيص داخلة ضمن الملحقات وتباع مع العقار المرهون ، ما لم يتفق صراحة على خلاف ذلك ، ويقع عبء إثبات هذا الاتفاق على من يدعيه – وإذن فمتى كان الطاعن بوصفه مدعيا هو المكلف بإثبات أن المنقولات موضوع النزاع لايشملها عقد الرهن الصادر منه ، فإنه كان لزاما عليه هو أن يقدم هذا العقد إلى محكمة الموضوع فى سبيل إثبات دعواه ، وإذ هو لم يفعل ، فإنه لايقبل منه النعى عليها بالخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ١٢١ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/١/١٤)

ويلاحظ أن تخصيص المنقول لخدمة العقار أو استغلاله لايفقد بائع هذا المنقول حقه فى الامتياز من أجل الوفاء .

ولكن لايحتج بهذا الامتياز على الدائن المرتهن رهنا رسميا لأن رهنه يشمل العقار بالتخصيص بحكم القانون (م١٠٣٦ مدنى) ، سواء نشأ الرهن قبل البيع أو بعده .

أما الدائن المرتهن رهن حيازة ، فلكى لايحتج عليه بامتياز البائع يجب أن يكون حسن النية ، يجهل قيام الامتياز .

٨٨ ـ زوال صفة العقار بالتخصيص :

تزول عن المنقول صفة العقار بالتخصيص ، إذا زال هذا التخصيص . وكما أن المالك هو الذى يقوم بالتخصيص ، فهو

أيضـــا الذى يزيله ، ويكون ذلك بعمل ظاهر يدل عليه ، بأن يرفع المالك المنقول من العقار ، فإزالة التخصيص كالتخصيص، كلاهما يكـــون باتجـــاه إرادة المالك إلى القيام به ، مع اقتران هذه الإرادة بعمل ظاهر يفصح عنها [١].

٨٩ ـ المنقـول :

ينقســـم المنقول إلى نوعين : المنقول بالطبيعة والمنقول بحسب المآل . ونعرض لهذه النوعين بالتفصيل فيما يلى .

٩٠ ـ أولاً : المنقول بالطبيعة :

لـــم يعـــرف المشـــرع المصرى المنقول بطريقة مباشرة وإنما عرضـــا عن طريق الاستبعاد . فبعد أن عرف العقار بأنه كل شىء مستقر بحيزه ثابت فيه لايمكن نقله منه دون تلف أوضح أن المنقول هو كل ما عدا ذلك من شىء .

وقـــد هـــدف مـــن هذه الطريقة تفادى ما يترتب على التعريف المباشر للعقار والمنقول من قصور فى التعريفين عن شمول جميع الأشياء. فالمنقول هو الشىء الذى ليس له حيز ثابت مستقر والشىء الذى له حيز ولكن يمكن أن ينقل من مكان إلى آخر دون أن يصيبه تلف والغير مخصص لخدمة عقار أو استغلاله .

---

(١) عبد المنعم الصده ص ١٥٢ ومابعدها – نبيل سعد ص ٢٠٧ ومابعدها.

فيعتـــبر منقولا الأشياء المادية التى يمكن أن تنقل من مكان إلى آخـــر دون أن يعـــتريها تلف . ولاعبرة لما إذا كانت قابلة للانتقال بنفسها مثل الحيوانات أو بفعل الغير مثل الجمادات .

ويعتـــبر منقولا كذلك الأشياء المعنوية التى ليس لها من وجود مـــادى ، وبالتالى لايتصور وجود حيز ثابت ومستقر لها . والمثل الـــبارز للأشياء المعنوية هو حقوق الملكية الفكرية كحق المؤلف أو المخـــترع . ويعتـــبر كذلـــك مالا منقولا جميع الحقوق الشخصية ، سواء أكان محلها القيام بعمل ، أم كان محلها إعطاء شىء حتى لو كان هذا الشىء عقارا ، كحق مشترى العقار قبل البائع قبل تسجيل عقد البيع .

والتقدم العلمى الحديث يسير الآن من المادة إلى الطاقة ، ولهذا يعتبر من المنقولات التيار الكهربائى والغاز والطاقة الذرية [١].

وقد جاء بمذكـرة المشروع التمهيدى أنه :

" وقـــد اكتفى المشروع كالتقنين الحالى بتعريف الشىء الثابت، واعتبار كل ما عداه منقولا ، وقد كان فى وسعه أن يعرف كلا من العقـــار والمنقول تعريفا مباشرا كما فعل التقنين الفرنسى فى المواد ٥٢٧ ومابعدهـــا وغيره من التقنينات (التقنين الإيطالى فى المواد ٤١٦ ومابعدهـــا والتقنيـــن الهولانـــدى فـــى المواد ٥٦٥ وما قبلها

---

(١) حسام الأهوانى ص ٣٥٤ – عبد الودود يحيى ص ١١٧ .

والتقنين الأرجنتينى فى المواد ٢٣٥٢ ومابعدها ، والتقنين البرازيلى فى المواد ٤٣ ومابعدها و ٤٧) ولكنه خشى أن يقصر كلا التعريفين عن شمول جميع الأشياء ، فاكتفى بتعريف العقار وترك تعريف المنقول يستنبط من طريق الاستبعاد (قارن المادة ٣٣٥ من التقنين الأسبانى والمادة ٣٧٦ من التقنين البرتغالى والمادة ٦ من المشروع الإيطالى) ، وكان فى الوسع أن يعرف المشروع المنقول تعريفا مباشرا وأن يترك تعريف العقار يستنبط من طريق غير مباشر كما فعل التقنين النمسوى فى المادة ٢٩٣ ، ولكنه آثر خطة التقنين الحالى نظرا لما للعقارات من اعتبار خاص لاتزال آثاره باقية فى جملة التشريع المصرى " [١].

وفى هـذا قضت محكمة النقض بـأن :

" متى كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على ما قرره من ثبوت قيام عقد بين الطاعنة والمطعون ضده الأول (مستغل الكتاب) بصفته الشخصية لابصفته نائبا عن المطعون ضده الثانى (المؤلف) من مقتضاه إلزام الطاعنة بتوزيع نسخ الكتاب الذى تسلمته من المطعون ضده الأول وأن ترد إليه ما تبقى منه بغير توزيع وكان الظاهر أن مقصود الحكم من استناده إلى قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية هو أن المطعون ضده الأول كان حائزا لنسخ الكتاب

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ٤٦٦ ومابعدها .

المطـــبوعة باعتـــبارها مـــنقولا ماديا يجوز حيازته لا حيازة حق المؤلف عليها فإن الحكم لا يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ٣٥٦ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٥/١٢)

٢- " المحل التجارى وعلى ما يقضى به القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ يعتـــبر مـــنقولا معنويا منفصلا عن الأموال المستخدمة فى الـــتجارة ويشمل مجموعة العناصر المادية ، والمعنوية المخصصة لمـــزاولة المهنة التجارية من اتصال بالعملاء وسمعة واسم وعنوان تجارى وحق فى الإجارة وحقوق الملكية الأدبية والفنية مستقلة عن المفـــردات المكونـــة لها فهو فكرة معنوية كالذمة تضم أموالا عدة ولكـــنها هى ذاتها ليست الأموال وترتيبا على ذلك لايكون التصرف فى مفردات المحل التجارى تصرفا فى المحل ذاته ولايعتبر العقار بطبيعـــته أى البـــناء الذى يستغل فيه المتجر عنصرا فيه ولو كان مملوكـــا للمالك نفسه وهو بهذا الوصف يصح أن يكون محلا لملكية مستقلة عن العقار القائم به " .

(طعن رقم ٤٩٥ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٥/١١/١٩)

٩١- ثانيــاً : المنقول بحسـب المآل :

بعض الأشياء المادية التى تعتبر عقارا بطبيعتها تعتبر منقولات بحســـب مآلها إذا نظر إليها باعتبار أنها ستصبح منقولات بطبيعتها فـــى وقـــت قريب ، كالثمار والمحصولات الناضجة قبل جنيها أو

حصدها ، والمباني التى يراد هدمها والأشياء المعدة للقلع . فإذا بيع المحصول أو خشب الشجر أو أنقاض البناء مستقلا عن الأرض باعتبار أنه سيفصل عنها ، سرت عليه أحكام بيع المنقول .

ولكى تعتبر مثل هذه الأشياء منقولا بالمآل لابد من توافر الشرطين الآتيين :

١- وجود إرادة جدية بين الطرفين بفصل الشيء عن الأرض. فلا يكفى مجرد النية أو الرغبة أو الإرادة غير الواضحة . فمثلا من يبيع لشخص بناء مع الاحتفاظ بملكية الأرض لايعنى أن هذا المنزل سيتحول قطعيا إلى أنقاض . فقد يكون المقصود فصل ملكية الرقبة عن ملكية المنفعة . ففى مثل هذا المثال لكى تعتبر مكونات المنزل منقولا بحسب المآل لابد وأن يكون الاتفاق بين البائع والمشترى واضحا فى أن شراء المنزل لهدمه والحصول على أنقاضه .

وهناك حالة اعتبر القانون فيها الشيء منقولا بحسب مآله ، حتى ولو لم يتفق العاقدان على ذلك . وهى حالة حجز الثمار المتصلة والمزروعات القائمة قبل نضجها . فقد أجاز القانون فى المادة ٣٥٤ مرافعات أن يكون التنفيذ على هذه الثمار والمزروعات بطريق الحجزعليها حجز منقول ، على أن يوقع الحجز فى خلال خمسة وأربعين يوما قبل نضجها .

وهذا الحكم مستفاد من المادة بمفهوم المخالفة ونصها كما يأتي: " لايجوز حجز الثمار المتصلة ولا المزروعات القائمة قبل نضجها بأكثر من خمسة وأربعين يوما وإلا كان الحجز باطلا " (١).

٢- أن يكون انفصال الشيء عن الأرض أمر محقق الوقوع في وقت قريب . فكون الانفصال أمر احتمالي أو أن تحققه لن يكون قبل زمن طويل يمنع من اعتباره منقولا بحسب المآل . فمثلا من يبيع أنقاض منزل بعد العثور على مسكن آخر ، أو على أن يتم التسليم بعد بناء مسكن آخر في ظرف خمس سنوات مثلا ، في مثل هذه الحالة لايعتبر المنزل منقولا بحسب المآل . وقرب الوقت أو بعده مسألة تقديرية متروكة لقاضي الموضوع يحسمها بحسب ظروف الواقع (٢).

٩٢ ـ أهمية التفرقة بين العقار والمنقول :

للتفرقة بين العقار والمنقول نتائج عملية كثيرة ، نخص بالذكر منها ما يأتي :

١- من حيث إجراءات التنفيذ :

فرق القانون بين حجز الأموال المنقولة وبيعها وبين حجز العقارات وبيعها ، فرسم للأولى إجراءات أبسط من إجراءات الثانية

---

(١) عبد المنعم الصده ص ١٥٥ ومابعدها .

(٢) نعمان جمعه ص ٥٣٩ ومابعدها – سليمان مرقس ص ٦٣٦ ومابعدها.

وأقصـــر منها وقتا وأقل كلفه . وذلك مبالغة منه فى حماية الأموال العقارية .

٢- من حيث شهر التصرفات :

أوجـــب القانون شهر التصرفات بالنسبة للعقارات ، فيجب شهر التصـــرفات التى يترتب عليها إنشاء أو نقل أو تغيير أو زوال أى من الحقوق العينية العقارية .

أمـــا التصـــرفات التـــي لا يترتب عليها سوى نشوء أو نقل أو انقضاء أو تغيير حق عينى على منقول فلا يجب شهرها .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

" إذا كـــان المطعـــون ضده الأول قد قصر طلباته أمام محكمة الاســتئناف علـــى طلـــب تثبيت ملكيته للماكينة وحدها ، وكان هذا الطلـــب ينصـــب على الآلة المتنازع عليها كما كانت قبل تثبيتها ، وكـــان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى تقرير أن هذه الآلة ينطبق علـــيها عقد المطعون ضده الأول ، وأن ملكيته لها تثبت بهذا العقد دون تســـجيل ، لأنـــه يقـــع على منقول . لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بتثبيت ملكيته على سند من ذلك العقد لايكون مخطئا فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٤٥٢ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/١٠/٢٨)

٣- من حيث ترتيب الرهن الرسمى والاختصاص :

لايـــتقرر الرهن الرسمى والاختصاص كحقوق عينية تبعية إلا علـــى عقـــار ، وذلـــك لأن تخصيص الشيء لضمان الوفاء بالدين يصـــبح نافذا فى حق الغير بمجرد القيد فى الشهر العقارى . وهذا غـــير منصـــور بالنســـبة للمنقولات التى تتشابه مع بعضها ويسهل نقلها، وتعد الحيازة منها سندا للحق .

٤- من حيث الشفعة :

فالشفعة تجوز فى بيع بعض الأموال العقارية ، كحقوق الملكية العقاريـــة وحقـــوق الانـــتفاع الواردة على عقار ولاتجوز فى بيع الأموال المنقولة بأى حال .

٥- من حيث التملك بالحيازة :

المقـــرر أن الحـــيازة فـــى المنقول سند الحق ، فمجرد وجود المنقول تحت يد شخص يعد قرينة على أنه قد تملكه بسبب صحيح وبحســـن نـــية . وحسن النية والسند الصحيح يكفيان كأساس لملكية المـــنقول دون العقـــار . والسبب الصحيح هو كل تصرف مكسب للحـــق حـــتى ولو كان صادرا من شخص ليس صاحب حق على المنقول (م٩٧٦ مدنى) .

أمـــا تملك العقار أو الحق العينى على العقار بالحيازة المقترنة بحســـن النـــية والمســـتندة إلى سبب صحيح ، فلا يتم إلا إذا دامت الحيازة خمس سنوات (م٩٦٩ مدنى) .

٦- من حيث الاختصاص القضائى :

جعل قانون المرافعات الاختصاص فى الدعاوى المتعلقة بحقوق عينية عقارية للمحكمة التى يقع فى دائرتها العقار أو أحد أجزائه إذا كان واقعا فى دوائر محاكم متعددة (م٥٠/١ مرافعات) .

أما الدعاوى المتعلقة بأموال منقولة فتكون من اختصاص المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه (م٤٩) . إلا إذا كان موضوع الدعوى حقا شخصيا متعلقا بعقار كحق المشترى بعقد غير مسجل فيكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها العقار وللمحكمة التى فى دائرتها موطن المدعى عليه حسب اختيار المدعى (م٥٠/٢) [١] .

٩٣- تقسيم الأشياء إلى عقار ومنقول يتعلق بالنظام العام :

تقسيم الأشياء إلى عقار ومنقول يتعلق بالنظام العام . فاذا اعتبر القانون بعض الأشياء عقارات من قبيل الاستثناء وبشروط خاصة، فإن الباعث على هذا يكون فى نظر المشرع متعلقا بالنظام العام كذلك ، وهو ضمان استغلال العقارات . وعليه إذا اتفق مالك العقار مع أحد دائنيه على اعتبار بعض المنقولات عقارات بالتخصيص ، بحيث لايكون للدائن أن يحجز عليها حجز منقول ، وكانت هذه المنقولات لاتتوافرفيها الشروط التىيتطلبها القانون لهذا التخصيص،

---

(١) سليمان مرقس ص ٦٤١ ومابعدها - نعمان جمعه ص ٥٤١ ومابعدها.

فـــإن هذا الاتفاق يكون باطلا لمخالفته للنظام العام . فإرادة الأفراد لايمكنها أن تعدل فى أحكام العقار بالتخصيص .

ولكـــن لايترتـــب علـــى ذلك أن المالك لايمكنه أن يتنازل عن التمســـك باعتبار المنقول عقارا بالتخصيص. فالمالك هو الذى يقوم بالتخصـــيص ، وهو الذى فى وسعه أن يزيل هذا التخصيص وإذن يكـــون له أن يتـــنازل عـــن التمسك بالتخصيص ، لأن هذا التنازل لايكون سوى . إزالة للتخصيص بطريقة ضمنية . فإذا حجز الدائن على عقار بالتخصيص حجز منقول ، فإن هذا الحجز لايكون باطلا إلا إذا دفـــع المالك المدين ببطلان الإجراءات طبقا للفقرة الثانية من المـــادة ٨٢ مدنـــى . فإذا لم يدفع المالك بالبطلان اعتبر متنازلا ، وبالتالى يكون الحجز صحيحا (١).

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٣٥ ومابعدها .

مــادة (٨٣)

١- يعتــبر مالا عقاريا كل حق عينى يقع على عقار ، بما فى ذلك حق الملكية ، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عينى على عقار .

٢- ويعتبر مالا منقولا ما عدا ذلك من الحقوق المالية .

الشــــرح

٩٤ ـ الأموال العقارية والأموال المنقولة :

بعــد أن قســم المشــرع الأشياء إلى ثابتة (عقارات) ومنقولة عرض لما يترتب عليها من حقوق مالية ، وهى التى يصدق عليها وحدهــا اصــطلاح الأموال . ولم يستثن من ذلك حق الملكية وهو أوسع الحقوق مدى وأقربها إلى الاختلاط بالشيء الذى يرد عليه .

فيعتــبر مــالا عقاريا كل الحقوق العينية التى تقع على عقار ، سواء كانت حقوقا عينية أصلية أو كانت حقوقا عينية تبعية. وكذلك يعتــبر مــالا عقاريا الدعاوى التى تتعلق بحق من الحقوق العينية الواردة على عقار .

وبناء على ذلك تعتبر أموالا عقارية :

(١) حــق الملكــية الوارد على عقار ، سواء كان العقار عقارا بطبيعة أو عقارا بالتخصيص .

(٢) الحقــوق العينــية المتفرعة عن حق الملكية ، وهى حقوق عينية أصلية ، إذا كان محلها عقارا . ويشمل ذلك :

(أ) حق الانتفاغ وحق الاستعمال الواردين على عقار .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " يبين من استعراض نصوص القانون المدنى المصرى أنه اعتـبر حـق الانتفاع من الحقوق العينية ، وذلك بإدراجه فى باب الحقوق المتفرعة عن حق الملكية ، كما أنه فى المادة ٨٣ اعتبر كل حـق عينى مالا عقاريا ، ثم أنه حدد الحالات التى تعتبر قيودا على حـق الملكية وهى التى تناولتها المواد من ٨١٦ - ٨٢٤ والمتعلقة بالقيود الناشئة عن حقوق الجوار وليس فيها حق الانتفاع ، ومن ثم فـإن حق الانتفاع فى نظر القانون المصرى من حق مالى قائم فى ذاتـه ولايعتبر من القيود الواردة على حق الملكية وبالتالى فهو مما يجوز الإيصاء به ويمكن تقويمه " .

(طعن رقم ٢٧ لسنة ٢٧ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٦٠/٥/٢٦)

٢- " يبين من استعراض نصوص القانون المدنى المصرى أنه اعتـبر حـق الانـتفاع من الحقوق العينية وذلك بإدراجه فى باب الحقـوق المتفرعة عن حق الملكية . كما أنه فى المادة (٨٣) اعتبر كل حق عينى مالا عقاريا ثم إنه حدد الحالات التى تعتبر قيودا على حـق الملكـية وهـى التى تناولها فى المواد من (٨٠٦- ٨٢٤) والمـتعلقة بالقيود الناشئة عن حقوق الجوار وليس فيها حق الانتفاع ومـن ثم فإن حق الانتفاع فى نظر القانون المصرى هو حق مالى

قائم فى ذاته ولايعتبر من القيود الواردة على حق الملكية . وبالتالى فهو مما يجوز الإيصاء به ويمكن تقويمه " .

(طعن رقم ١١٢٥ لسنة ٦٨ ق جلسة ٢٠٠٢/٦/١٨ – لم ينشر بعد)

(ب) حق السكنى وهو لا يرد إلا على عقار .

(ج) حق الارتفاق كحق المرور وحق المطل وحق مسيل المياه، وهى أيضا لا ترد إلا على عقار .

(د) الحقوق العينية التبعية الواردة على عقار ، وتشمل حق الرهن الرسمى وحق الاختصاص وهما لا يردان إلا على عقار، وكذلك حق الرهن الحيازى وحق الامتياز وهما يردان على عقار أو على منقول فلا يعتبران مالا عقاريا إلا عند ورودهما على عقار.

(هـ) الدعاوى المتعلقة بالحقوق العينية المتقدمة التى تعتبر أموالا عقارية [1].

أما الأموال المنقولة ، فهى جميع الحقوق غير العقارية، ويشمل ذلك جميع الحقوق العينية الواردة على منقول .

وعلى ذلك تعتبر أموالا منقولة ما يأتى :

(أ) جميع الحقوق العينية الواردة على منقول ، سواء كانت حقوق ملكية أو حقوقا عينية أصلية أخرى أو حقوقا عينية تبعية.

---

(١) سليمان مرقس ص ٦٣٨ ومابعدها – عبد الودود يحيى ص ١١٧ .

(ب) جمـــيع الحقـــوق الذهنية وهي التي يكون محلها شيئا غير مـــادى كحقوق المؤلف وحقوق الملكية الصناعية والحق فى الاسم التجارى .

(ج) جمـــيع الحقـــوق الشخصية سواء أكان محلها إعطاء شئ، عقـــارا كان ذلك الشيء أو منقولا ، أم كان محلها القيام بعمل ولو كـــان ذلك العمل إقامة بناء ، أم كان امتناعا عن عمل ولو كان ذلك الامتناع امتناعا عن التعرض للدائن فى انتفاعه بعقار .

ومـــن هـــذا القبيل حق مشترى العقار قبل تسجيل عقده ، فإنه لايكـــون إلا حقا شخصيا يستطيع المشترى بمقتضاه أن يلزم البائع بنقل ملكية العقار إليه ، فيعتبر مالا منقولا لأن محله المباشر فعل المديـــن ولأن ملكـــية العقار ليست إلا محلا غير مباشر لهذا الحق الشخصى بمعنى أن المشترى لايصل إلى حق الملكية إلا من طريق فعل المدين أو ما يقوم مقامه .

ومن هذا القبيل أيضا حق مشترى العقار أو مستأجره فى إلزام البائع أو المؤجر بتسليمه العقار المبيع أو المؤجر ، وكذلك حق كل مـــنهما فى إلزام البائع أو المؤجر بضمان الانتفاع بالعين المبيعة أو المؤجرة .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- بعد أن قسم المشروع الأشياء إلى ثابتة ومنقولة عرض لما يترتب عليها من حقوق مالية ، هى التى يصدق عليها وحدها اصطلاح الأموال . ولم يستثن من ذلك حق الملكية وهو أوسع الحقوق مدى وأقربها إلى الاختلاط بالشىء الذى يرد عليه .

وقد قسم المشروع الأموال إلى عقار ومنقول أيضا . فجعل كل حق عينى يقع على شىء ثابت عقارا سواء كان ذلك الحق جق ملكية أو حق انتفاع أو ارتفاق أو رهن أو اختصاص إلخ ... وكذلك كل دعوى عينية تتعلق بعقار .

٢- واعتبر المشروع مالا منقولا كل ما ليس مالا عقاريا مقتفيا فى ذلك أثر التقنين الحالى ، (المادة ١٧/٣ وأنظر التقنين البرتغالى المادة ٤٣٧٦ والمشروع الإيطالى المادة ٦) وبذلك تجنب ما وجه من نقد إلى التقنينات الأجنبية التى عرفت الأموال المنقولة تعريفا مباشرا أو حاولت تعدادها (أنظر التقنين الفرنسى المادة ٥٢٩ والتقنين الإيطالى المادة ٤١٨ والتقنين الاسبانى المادة ٣٣٦ والتقنين الهولندى المادة ٥٦٧ والتقنين الأرجنتينى المادة ٢٣٥٣ والتقنين البرازيلى المادة ٤٨) وعلى هذا النحو يعتبر مالا منقولا جميع الحقوق والدعاوى العينية والشخصية المتعلقة بشىء منقول بما فى ذلك حق ملكية المنقول ، والحقوق الشخصية المتعلقة بعقار

والحقوق المتعلقة بشيء غير مادى أى حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية وما شابهها (انظر المادة ٤٨ من التقنين البرازيلى) [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- الدعاوى الشخصية العقارية هي الدعاوى التى تستند إلـى حق شخصى ويطلب بها تقرير حق عينى على عقـار أو اكتسـاب هذا الحق ومن ذلك الدعوى التى يرفعها المشترى بعقد غير مسجل ويطلب بها الحكم على البائع بصحة التعاقد وقد راعى الشـارع- هذا الازدواج فى تكوين الدعوى ومآلها حينما جعـل الاختصـاص المحلى بنظر الدعاوى الشخصية العقارية -وفقا للمادة ٥٦ مرافعات- معقودا للمحكمة التى يقع فى دائرتها العقار أو موطن المدعى عليه. ولاينال من هذا النظر أن تكون المادة ٨٣ من القانون المـدنى قـد اقتصرت فى تقسيم الأموال والدعاوى المتعلقة بهـا علـى عقـار ومنقول فقط إذ لم يرد فيها أو غيرها من نصوص القانون المـدنى أية قاعدة للاختصاص تغاير قاعدة المادة ٥٦ من قانون المرافعات فى شأن الاختصاص بالدعاوى الشخصية العقارية".

(طعن رقم ٢٦١ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٣/٢١)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ٤٧٠ ومابعدها .

٢- " مفاد المادة ٥٥٨ من القانون المدنى أن حق المستأجر فى طبيعته حق شخصى وليس حقا عينيا ، وهو بهذه المثابة يعتبر مالا منقولا ولو كان محل الإجارة عقارا ، كما يعد عقد الإيجار من أعمال الإدارة لا من أعمال التصرف " .

(طعن رقم ٥٩٨ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٦/٢١)

٣- " ليس من شأن الدعوى البوليصية المفاضلة بين العقود بل هى دعوى شخصية لايطالب فيه الدائن بحق عينى ولايؤول بمقتضاها الحق العينى إليه أو إلى مدينه ، بل إنها تدخل ضمن ما يكفل به القانون حقوق الدائنين ضمن وسائل الضمان ، دون أن يترتب على الحكم فيها لصالح الدائن أن تعود الملكية إلى المدين وإنما ترجع العين فقط إلى الضمان العام للدائنين " .

(طعن رقم ٦١٥ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٩)

(د) جميع الدعاوى التى لاتستند إلى حقوق عينية عقارية . وتدخل فى ذلك دعاوى الحيازة وكذلك دعاوى الفسخ ودعاوى البطلان ودعاوى عدم نفاذ التصرف ولو كان محل العقد المطلوب فسخه أو بطلانه أو عدم نفاذه عقارا [١].

---

(١) سليمان مرقس ص ٦٤٠ ومابعدها – عبد الودود يحيى ص ١١٧ .

٩٥ ـ أهمية تقسيم الأموال إلى عقارية ومنقولة :

(راجع بند ٩٢) .

مـــادة (٨٤)

١- الأشـــياء القابلة للاستهلاك هى التى ينحصر استعمالها ، بحسب ما أعدت له ، فى استهلاكها أو فى إنفاقها .

٢- فيعتبر قابلا للاستهلاك كل ما أعد فى المتاجر للبيع .

الشـــرح

٩٦ـ الأشياء القابلـة للاسـتهلاك والأشـيـاء الغير قابلة للاستهلاك :

تنقســـم الأشـــياء بحسب الأثر الذى يحدثه الاستعمال فيها ، إلى أشياء قابلة للاستهلاك وأشياء غير قابلة له .

فالأشياء القابلة للاستهلاك هى التى تهلك بمجرد استعمالها مرة واحـــدة ، أو هى كما يقول النص ، تلك التى ينحصر استعمالها فى اســـتهلاكها . ومـــثالها الخضر والفاكهة والنقود . أما الأشياء غير القابلة للاستهلاك ، فهى تلك التى لايترتب على استعمالها لأول مرة هلاكهـــا ، والـــتى تحتمل بالتالى الاستعمال المتكرر ، وإن كان من شـــأنه إحداث نقص فى قيمتها أو حتى هلاكها . ومثالها الأراضى والمـــنازل والكتـــب . وهكذا يبين أن مناط التقسيم إلى أشياء قابلة للاســـتهلاك وأشياء غير قابلة له ، هى ما إذا كان استعمال الشىء لأول مـــرة يـــؤدى إلـــى هلاكه من عدمه . والفيصل فى ذلك هو الغـــرض الذى يعد له الشىء ، فالأصل فى الخضر و الفاكهة مثلا،

أنها أشياء قابلة للاستهلاك ، لأنها معدة بحسب العادة لأن تأكل . وكذلك الشأن بالنسبة إلى النقود ، لأنها معدة بحسب طبيعتها لأن تنفق. ولكن قد تتخذ هذه الأشياء صفة عدم القابلية للاستهلاك ويكون ذلك كلما أعدت لغرض لايكون من شأنه أن يؤدى استعمالها لأول مرة إلى هلاكها ، كما إذا أعدت الخضر والفاكهة لأن توضع فى معرض ثم ترد لصاحبها ، وكما إذا أعدت النقود لكى تدخل فى مجموعة أثرية يتمتع الناس بمشاهدتها .

والاستهلاك **نوعان** : فهو إما مادى وإما قانونى .

والاستهلاك **المادى** هو الذى يترتب عليه فناء الشىء ، أو فى الأقل ، تغيير ذاتيته ، كما هى الحال بالنسبة إلى الخضر والفاكهة حيث يؤدى الاستعمال الذى تعدله بحسب طبيعتها لأن تأكل فتفنى ، وكذلك الشأن بالنسبة إلى القطن إذا أعد لنسجه ثيابا ، فإن هذا الاستعمال ، وإن لم يكن من شأنه أن يفنى مادة القطن ، إلا أنه يؤدى إلى تغيير ذاتيته ، حيث يستحيل إلى شىء آخر .

أما **الاستهلاك القانونى** ، فهو لايعدو أن يكون استهلاكا اعتباريا، بمعنى أن القانون هو الذى يعتبر الشىء هالكا فى حين أنه فى حقيقة الواقع باق على حاله لم يعتره تغيير . فالنقود مثلا لاتهلك بانتقالها من يد إلى يد، ولكن القانون يعتبر إنفاقها هلاكا لها، على أساس أن من ينفقها يفقدها ، فهى بالنسبة إليه كأنها قد هلكت .

وعلى ذلك فالأشياء تعتبر قابلة للاستهلاك ، ليس فقط كلما كان من شأن استعمالها لأول مرة هلاكها ، ولكن أيضا كلما كان من شأن هذه الاستعمال ذهابها عن صاحبها ، وإن ظلت محتفظة بذاتيتها . وهذا ما أدى بالمشرع إلى القول في الفقرة الأولى من المادة ٨٤ بصدد تعريف الأشياء القابلة للاستهلاك ، بأنها هى التى ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له فى استهلاكها أو إنفاقها " . والمقصود بلفظ "الإنفاق" هو النقود . فالنقود معدة بحسب طبيعتها لأن تنفق وهى لهذا يعتبرها القانون أشياء قابلة للاستهلاك . وهو ما أدى بالمشرع أيضا إلى أن يقول فى الفقرة الثانية من المادة السابقة : " فيعتبر قابلا للاستهلاك كل ما أعد فى المتاجر للبيع " .

فالبضائع التى توضع فى المتاجر بغرض بيعها تعتبر أشياء قابلة للاستهلاك ، لأن من شأن الاستعمال الذى أعدت له ، وهو بيعها لطالبها ، أن تذهب عن صاحبها ، وحينئذ يعتبر هذا الأخير أنه قد فقدها (١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" عرض المشروع فى هذه المادة لتقسيم الأشياء إلى قابلة للاستهلاك وغير قابلة له والأشياء القابلة للاستهلاك هى التى تهلك بمجرد استعمالها مرة واحدة أو بعبارة أخرى هى التى ينحصر

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص١٨٨ وما بعدها – نعمان جمعه ص٥٤٢ وما بعدها .

اســـتعمالها ، بحسب ما أعدت له ، فى استهلاكها استهلاكا ماديا أو قانونـــيا ، ويعتبر إنفاق النقود وبيع العروض المعدة للبيع استهلاكا قانونـــيا لهـــا . ومـــا عدا ذلك من أشياء فهو غير قابل للاستهلاك والعـــبرة فى ذلك بالاستعمال الذى أعد له الشىء . فالثمار والنقود يكون الغرض منها عادة أكلها أو إنفاقها . ولكنها إذا أعدت للعرض فـــى معـــرض أو عـــدة معـــارض علـــى التوالى تكون غير قابلة للاستهلاك " (١).

٩٧ ـ أهمـية الـتفرقة بـين الأشـياء القابلة وغير القابلة للاستهلاك:

تنحصـــر أهمية التفرقة بين الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء الغير قابلة للاستهلاك فيما يأتى :

١- أن بعـــض الحقـــوق التى لاتعطى لصاحبها حق التصرف وإنما تعطيه فقط حق الاستعمال لايمكن أن ترد على الأشياء القابلة للاستهلاك، وذلك مثل حق الانتفاع والاستعمال والسكنى والارتفاق.

٢- أن بعـــض العقود لايمكن أن ترد إلا على أشياء غير قابلة للاســـتهلاك بمجـــرد أول اســـتعمال لها وهى العقود التى تلزم أحد المتعاقديـــن برد الشىء الذى تسلمه بعد استعماله كالإيجار وعارية الاستعمال .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ١ ص ٤٧٢ .

٣- فـــى حالـــة الأشياء غير القابلة للاستهلاك ، يحتفظ المالك بحقـــه فـــى الملكية على الشيء الذى تقرر عليه حق انتفاع أو كان محلا لعقد إيجار ائتمانى ، ولذلك فإنه يستطيع أن يطالب باسترداده عينا فى حالة خضوع المدين لإجراءات الإفلاس . بينما فى الأشياء القابلـــة للاســـتهلاك (مثل القرض أو البضائع) ، فالمالك فى هذه الحالة ليس له إلا حق شخصى فى المطالبة بالاسترداد فى مواجهة المدين، أى يصبح دائنا عاديا ويخضع بالتالى لمزاحمة باقى الدائنين العاديين ، ومن الممكن أن يتعرض لعدم استرداد حقه كاملا[1].

---

(١) نبيل سعد ص ٢٠٤ – عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٨٩ ومابعدها .

مــادة (٨٥)

الأشياء المثلية هى التى يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، والتى تقدر عادة فى التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن .

الشــــرح

٩٨ـ الأشياء المثلية والأشياء القيميـة :

الأشياء المثلية هى تلك التى تتماثل مع بعضها بحيث لايقــوم بينها اختلاف يعتد به عند التعامل. ويكون تعيينها بتحديــد نوعهــا ومقدارها وصنفها . وقد يكون تحديد القدر صراحة أو ضمنا . أما الصنف فيمكن عدم تحديده ، وفى هذه الحالة يكون الوفاء صـــحيحا إن وقع على صنف متوسط .

وتحديد مقدار هذه الأشياء يكون بالعدد مثل عــد البرتقــال أو بالمقاس مثل قياس القماش أو بالكيل مثل كيل الحبوب ، أو بالوزن مثل وزن السكر والشاى والسمن والخضراوات .. الخ .

أما الأشياء القيمية ، أو الأشياء المعينة بالذات ، فهى الأشياء التى لايقوم بعضها مقام بعض فى الوفاء وذلك لتفاوت آحادها تفاوتا يعتد به ومثالها العقارات ، وحصان معين أو سيارة معينة .

ويبدو من نص المادة ٨٥ أنها أخذت بمعيار مادى للتفرقة بــين الشىء المثلى والشىء القيمى. فإذا كان الشىء مما يعد أو يقاس أو

يكـــال أو يـــوزن كـــان مثلـــيا ، وإلا فهو قيمى . إلا أن ذلك ليس ضـــروريا فى جميع الأحوال ، فقد يكون الشىء مثليا وفقا للمعيار الـــذى ذكرته المادة ٨٥ مدنى ومع ذلك تجعل منه إرادة المتعاقدين شيئا قيميا . فالنقود من المثليات ولكنها قد تكون من الأشياء القيمية إذا استبعدت لتوضع فى معرض مدة معينة ترد بعدها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنـه :

" الأشـــياء المثلية هى التى يقوم بعضها مقام بعض (المادة ٥٠ من التقنين البرازيلى) أو التى يجرى العرف على تعيينها بالعدد أو المقـــاس أو الـــوزن (المـــادة ٩١ من التقنين الألمانى) وقد جمع المشروع بين هذين المعنيين فى المادة ١١٦، محتذيا فى ذلك مثال المادة ٧ من المشروع الإيطالى . على أن المعول علي ى وصف الشـــىء بأنـــه مـــثلى أو قيمى هو جواز قيام شىء آخر من جنسه ونوعه مقامه عند الوفاء بحسب قصد العاقدين أو عدم جواز ذلك .

وقـــد خلـــط كـــل من التقنين الأسبانى (المادة ٣٣٧) والتقنين الهولـــندى (المادة ٥٦١) هذين التقسيمين ، مما يوهم بأن كل مثلى قابل للاستهلاك ، وبأن كل ما هو غير قابل للاستهلاك قيمى .

ولكـــن الأمـــر يختلف عن ذلك ، فالنقود المعدة للعرض مثلية ولكـــنها غـــير قابلة للاستهلاك والتحف الفنية الأصلية قيمية ولكنها تعتبر قابلة للاستهلاك إذا أعدت للبيع " [1].

٩٩ ـ أهمية تقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمية :

لهذا التقسيم أهمية عملية كبرى تظهر فيما يأتى :

١- نقل الملكية :

تنص المادة ٢٠٤ مدنى على أن : " الالتزام بنقل الملكية أو أى حـــق عيـــنى آخـــر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالـــتزام شـــيئا معيـــنا بالذات " فملكية الأشياء المعينة بالذات أى الأشياء القيمية فإن الملكية فيها تنتقل إلى المشترى بمجرد التعاقد ، أى أن المشترى يصبح مالكا بمجرد حصول العقد . فى حين تنص المادة ٢٠٥ على أنه : " إذا ورد الالتزام بنقل حق عينى على شىء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشىء " . فالملكية لاتنتقل فى الشىء المثلى بمجرد الاتفاق لعدم تحديد الشىء ، ولذلك يتأخر انتقال الملكية بعد انعقاد العقد حتى يحصل التعيين بإفراز هذا الشىء .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ١ ص ٤٧٤ .

٢- فسخ العقد بسبب الهلاك :

القاعدة أن من يلتزم يتعين عليه الوفاء بما التزم به . ولايعفى من تنفيذ التزامه إلا باستحالة التنفيذ بسبب حادث قهرى . فإذا تعهد شخص بنقل ملكية شيء متعين ، كحصان من أحصنة السباق مثلا، فالأصل أنه لايبرأ من التزامه إلا بتسليم الحصان إلى المشترى ، فإذا فرضنا أن الحصان قد نفق قبل التسليم ، فإن البيع ينفسخ بسبب هلاك الشيء المبيع (م٤٣٧) .

ومع ذلك فإن قاعدة فسخ العقد لهلاك موضوعه لايتصور تطبيقها في حالة التعاقد على المثليات ، لأن القاعدة أن المثليات لاتهلك ، إذ أنه يمكن أن يحل بعضها محل البعض عند الوفاء .

٣- من حيث الوفاء :

يكون الوفاء بالالتزام الذى محله شيء قيمى بإعطاء نفس الشيء المتفق عليه فى العقد ، ولايجبر الدائن على قبول شيء غيره. أما إذا كان محل الالتزام شيئا مثليا فإن المدين يبرأ من التزامه إذا هو قدم شيئا من نفس النوع بالقدر والصفة المتفق عليهما فى العقد .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الأشياء المثلية هى التى يعتبر المتعاقدان أن الوفاء بها يتم بتقديم ما يماثلها بدلا منها ، والأشياء القيمية هى التى يعتبر المتعاقدان الوفاء بها لايتم إلا بتقديمها هى عينها ، وقد يكون الشيء

بعيـــنه مثليا فى أحوال وقيميا فى أحوال أخرى ، والفصل فى كونه هذا أو ذاك يرجع إلى طبيعة هذا الشيء ونية ذوى الشأن وظروف الأحوال فعلى أى وجه اعتبره قاضى الموضوع وبنى اعتباره على أسباب منتجة لوجهة رأيه ، فلا رقابة لمحكمة النقض عليه " .

(طعن رقم ٣٩ لسنة ٣ ق جلسة ١٩٣٣/١١/٢٣)

٤- المقاصة :

لاتقـــع المقاصة إلا بين دينين موضوع كل منهما شيء مثلى ، بشرط الاتحاد فى النوع والجودة (مادة ٣٦٢ مدنى) [١].

---

(١) محمـــد عرفه ص ٤٨٢ . عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٩٣ ومابعدها – نبيل سعد ص ٢٠٥ ومابعدها .

مـــادة (٨٦)

الحقوق التى ترد على شيء غير مادى تنظمها قوانين خاصة.

الشـــرح

١٠٠ ـ حقوق الملكية الأدبية والفنية والتجاريـة :

يقصـــد الـــنص بالحقوق التى ترد على شيء غير مادى حقوق الملكية الأدبية والفنية والتجارية والصناعية إلخ .

وقد جاء عن ذلك بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" قصد المشروع بهذه المادة مجرد التذكير بالحقوق المالية التى تـــرد علـــى شـــيء غير مادى وهى حقوق الملكية الأدبية والفنية والـــتجارية والصناعية الخ .... وقد ترك تنظيمها إلى قانون خاص قامت وزارة العدل بوضع مشروعه ولايزال قيد البحث " .

وهذه الحقوق كان ينظمها القوانين الآتية :

١- القـــانون رقـــم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ بشأن العلامات والبيانات التجارية .

٢- القـــانون رقـــم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ بشأن براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية .

٣- القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ بشأن حماية حق المؤلف .

ثـــم نظمت أخيرا بالقانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ بإصدار قانون حماية حقوق الملكية الفكرية (الجريدة الرسمية العدد ٢٢ مكرر فى

٢ يونيـة سنة ٢٠٠٢) . والذى عمل به اعتبارا من اليوم التالى لتاريخ نشره .

وقد نصت المادة الثانية من قانون إصداره على إلغاء القوانين سالفة الذكر عدا أحكام براءات الاختراع الخاصة بالمنتجات الكيمائية المتعلقة بالأغذية والمنتجات الكيمائية الصيدلية فتلغى اعتبارا من أول يناير سنة ٢٠٠٥ .

كما نصت على إلغاء كل حكم يخالف أحكام القانون .

وقد صدرت اللائحة التنفيذية للقانون بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٣٦٦ لسنة ٢٠٠٣ (الجريدة الرسمية – العدد ٣٣ مكرر فى ١٦ أغسطس سنة ٢٠٠٣) .

ونحيل فى دراسة أحكام هذا القانون إلى المؤلفات المتخصصة فى حماية حقوق الملكية الفكرية .

مــادة (٨٧)

١- تعتــبر أموالا عامة ، العقارات والمنقولات التى للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة ، والتى تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم .

٢- وهــذه الأمــوال لايجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم .

الشــــرح

١٠١ ـ المقصود بالأمـوال العامـة :

تــنص الفقــرة الأولى من المادة على أن تعتبر أموالا عامة ، العقارات والمنقولات التى للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة ، والــتى تكــون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم .

ويبين من هذا التعريف أنه يشترط لاعتبار المال من الأموال العامة (التى يطلق عليها أيضا الدومين العام) توافر الشروط الثلاثة الآتية :

الشرط الأول :

أن يكون المال عقارا أو منقــولا . وقد عــرفنا فى شرح المادة (٨٢) المقصود بالعقار والمنقول . ومثال العقار الطرق والشوارع وشــواطئ الــبحار والمــبانى التى تشغلها الإدارة الحكومية ومثل المــنقول الســيارات الحكومــية وأسلحة الجيش وذخائره وطائراته

وسائر معداته . وكذلك المستندات والوثائق المحفوظة لدى الوزارت والمصـــالح المخـــتلفة والكتـــب والمخطوطات الموجودة بالمكتبات العامة [١].

الشرط الثانى :

أن يكون المال مملوكا للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة.

وقد بينا سلفا المقصود بالأشخاص الاعتبارية العامة ، كالهيئات العامة والمؤسسات العامة ونقابات المهن .... الخ .

الشرط الثالث :

أن تكـــون هـــذه الأمـــوال مخصصـــة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضـــى قانون أو مرسوم (قرار جمهورى) أو قرار صادر من الوزير المختص :

كان التقنين المدنى القديم يورد فى المادتين (٩، ١٠) منه تعدادا للأشياء العامة ، لا على سبيل الحصر بل على سبيل التمثيل . وقد أغفـــل التقنين المدنى الجديد هذا التعداد ، اكتفاء بمعيار التخصيص الفعلى ، فقد أخذ هذا التقنين بهذا المعيار (التخصيص) لمنفعة عامة، وهو الرأى الراجح فى الفقه والقضاء .

وتخصـــيص الأموال لمنفعة عامة يكون بأحد طريقين : طريق شكلى وطريق فعلى نعرض لهما فيما يلى .

---

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء الثامن طبعة ٢٠٠٤ ص ١٠٧ ومابعدها .

(أ) التخصيص الشكلى :

يتم التخصيص للمنفعة العامة فى هذا الطريق فى شكل قانون أو مرسوم (قرار جمهورى الآن) .

وعلـــى الـــرغم مـــن أن ظاهر النص يوصى بحصر الأعمال القانونـــية الـــتى يصـــح بها التخصيص للمنفعة العامة فى تلك التى تصـــدر فى صورة قانون أو مرسوم (قرار جمهورى) ، فإنه من المســـلم به فقها وقضاء أن التصريح بالتخصيص يكفى فيه ما دون ذلك من الأعمال القانونية التى تصدر عن الإدارة ، كالقرارات التى تصـــدر من مجلس الوزراء أو الوزراء . هذا ما لم يتطلب الشارع إجـــراءات خاصة فى بعض صور التخصيص الشكلى لفئات معينة من الأموال .

هذا إذا كان المال المراد تخصيصه من أموال الدولة أو الأشخاص الاعتـــبارية العامـــة . أما إذا كان المال مملوكا لأحد الأفراد ، فإنه يشترط ليصير من المنافع العامة أن تنتقل ملكيته بادئ ذى بدء إلى الدولـــة أو أحد الأشخاص الاعتبارية الملحقة بها . ويتم هذا الانتقال فـــى الصـــورة التى نحن بصددها – بعمل قانونى، قد يتخذ صورة الاتفـــاق مع الإدارة ، فتسرى عليه القواعد المدنية التى تحكم أمثال هـــذه الاتفاقـــات بين الأفراد فى الشكل والموضوع . وقد يتم ذلك الانـــتقال جـــبرا عـــن صاحب المال بنزع ملكيته للمنفعة العامة ، فتســـرى علـــيه أحكـــام نزع ملكية العقارات التى وردت بالقوانين المـــنظمة لهـــذا الإجـــراء الذى يصدر من الدولة بوصفها صاحبة الولاية الآمرة .

والغالب أن يتبع هذا الطريق فى نوع الأموال العامة التى تغلب فيها يد الصنعة كالمبانى العامة ومناطق الاستحكامات ونحوها [١].

ويراعى أن الأموال المملوكة للجميعات الخيرية لاتكتسب صفة المال العام بمجرد التخصيص ما لم تنتقل ملكيتها للدولة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بـأن :

" إذ كانـــت الأمـــوال الـــتى تصبح من الأموال العامة بمجرد تخصيصـــها لمـــنفعة عامـــة هى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – الأموال المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة وذلك عملا بالمادتين ٩ من القانون الملغى و٨٧ من القانون المدنى الحـــالى ومن ثم فإن الأسهم التى كانت مملوكة للجمعية الطاعنة لم تكتسب صفة المال بمجرد تخصيصها بالفعل لمنفعة عامة طالما أن ملكيـــتها لم تنتقل إلى الدولة بإحدى طرق كسب الملكية المنصوص عليها فى القانون قبل تخصيصها للمنفعة العامة " .

(طعن رقم ١٨٠٠ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٠١/٣١)

(ب) التخصيص الفعلى :

يراد بالتخصيص الفعلى أن يشهد الواقع بتخصيص المال للمنفعة العامة فيعتبر بذلك من الأموال العامة . ولابد لذلك من تهيئة المال

---

(١) الدكـــتور محمد على عرفه شرح القانون المدنى الجديد فى حق الملكية الجزء الأول الطبعة الثالثة ١٩٥٤ ص ١٣٤ ومابعدها .

التهيـئة الماديـة التى يقتضيها تخصيصه للنفع العام . وتلك واقعة ماديـة يجوز إثباتها أمام القضاء بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائـن . ولكـن لمحكمـة الـنقض ولاية رقابة الوصف الذى يستخلصه قاضى الموضوع من الوقائع الثابتة لديه .

وطـريق التخصيص الفعلى يوافق الأموال التى تهيئها طبيعتها للانتفاع العام بها ، كالأنهار وشواطئ البحار والميادين (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن المشرع إذ نص فى المادة ٨٧ من القانون المدنى على أن تعتـبر أموالا عامة العقارات والمنقولات التى للدولة أو للأشخاص الاعتـبارية العامـة والتى تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضـى قـانون أو مرسوم (قرار جمهورى) أو قرار من الوزير المخـتص، وهذه الأموال لايجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكهـا بالـتقادم ، فقد دل على أن المعيار فى التعرف على صفة المال العام هو التخصيص للمنفعة العامة ، وأن هذا التخصيص كما يكـون بموجـب قانون أو قرار ، يجوز أن يكون تخصيصا فعليا ، ولمـا كـان التخصيص للمنفعة العامة بالنسبة للمال المملوك للدولة ملكية خاصة هو تهيئة هذا المال ليصبح لهذه المنفعة رصدا عليها، وكان الثابت أن الأرض التى اتخذت عليها إجراءات الحجز العقارى

---

(١) محمد على عرفه ص ١٣٤ ومابعدها .

مملوكة للدولة ملكية خاصة وقد أقامت عليها مخبأ لحماية الجمهور من الغارات الجوية ، وإذ تؤدى المخابئ التى تنشئها الدولة على أراضيها خدمة عامة بسبب إنشائها لحماية الكافة ، فإن لازم ذلك أن تعتبر الأرض موضوع إجراءات الحجز العقارى المقام عليها المخبأ من الأموال العامة ، فلا يجوز الحجز عليها مادامت مختفظة بتخصيصها للمنفعة العامة " .

(طعن رقم ١٤٠ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٤/٢٣)

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" اشترطت المادة ١١٩ (المقابلة للمادة ٨٧ مدنى) فى الأموال العامة شرطين :

أولاً : أن يكون المال ، عقارا كان أو منقولا ، مملوكا للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة كالمديريات والمدن والقرى .

ثانيا : أن يكون هذا المال مخصصا لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم فوضعت بذلك تعريفا عاما تعين بمقتضاه الأموال العامة ، ويغنى عن البيان المطول الوارد فى المادتين ٩، ١٠ من التقنين الحالى . وقد أخذ المشروع فى هذا التعريف بمعيار التخصيص لمنفعة عامة وهو المعيار الذى يأخذ به الرأى الراجح فى الفقه والقضاء.

وقد بينت المادة حكم الأموال العامة وهو خروجها عن التعامل، وهذا يطابق ما قضت به محكمة النقض المصرية (٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٩ ملحق القانون والاقتصاد ١٠ ص ٢١ رقم ٥ والمحاماة ٢٠-٥٩٨-٢٠٩) ورتب على ذلك عدم جواز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم . ولكن ذلك لايمنع الدولة أو غيرها من الأشخاص المعنوية العامة من الترخيص إداريا لبعض الأفراد باستعمال بعض الأموال العامة التابعة لها استعمالا محددا بحسب ما تسمح به طبيعتها " [١].

١٠٢ ـ اكتساب صفة المال العام بالتقادم :

إذا وضعت الدولة أو غيرها من أشخاص القانون العام يدها على شيء مملوك لأحد الأفراد المدة القانونية، كسبت ملكيته بالتقادم. فيصير الشيء مالا عاما إذا ظل تخصيصه للمنفعة العامة قائما. فإذا شق فرد مثلا شارعا فى أرضه ، فإن هذا الشارع يعتبر مملوكا له ملكية خاصة ، حتى لو سار فيه الجمهور . ولكن إذا استمر الجمهور يسير فى الشارع مدة ١٥ سنة ، ولم يثبت أن ذلك قد حصل عن طريق التسامح من صاحبه ، ففى هذه الحالة تعتبر الوحدة المحلية للمدينة أو الحى أنها قد وضعت يدها على الشارع بوساطة جمهورها المدة القانونية اللازمة لاكتسابه بالتقادم ،

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ٤٨٠ .

ولذلك فهى تتملكه. ومادام الشارع مخصصا للنفع العام، فهو يصبح بمجرد ملكية الوحدة المحلية إياه مالا عاما [١].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" استطراق الأراضى المملوكة للأفراد ليس من شأنه وحده تخصيصها للمنفعة العامة إلا أن استمرار هذا الاستطراق المدة اللازمة لكسب ملكيتها بالتقادم الطويل يترتب عليه كسب الدولة لملكيتها بالتقادم وتخصيصها للمنفعة العامة بمجرد اكتمال هذه المدة".

(طعن رقم ٥ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٣/١٢/١)

١٠٣- الغصب :

إذا اغتصبت الإدارة مال الأفراد وضمته إلى الأموال العامة للدولة دون اتباع القواعد المقررة قانونا ، وذلك بطريق التخصيص الفعلى . فقد ذهبت محكمة النقض – على خلاف الفقه [٢]– إلى

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٣٤ .

(٢) السنهورى ص ٩٠ ومابعدها – محمد على عرفه ص ١٣١– فيعتبران أن ذلك غصبا غير مشروع. وهناك رأى آخر يذهب إلى أنه يجب التمييز بين فرضين: الأول إذا كان العقار الواقع عليه الاستيلاء قد تغيرت معالمه بحيث لايمكن رده ، كإدخاله فى جسرعمومى ، والثانى، ما إذا كان العقار قد بقى كما هو قابلا للرد .
ففى الحالة الأولى يدخل العقار فى المنافع العامة ، فلا يكون لصاحبه سوى المطالبة بالتعويضات ، وفى الحالة الثانية تقضى المحكمة برد

اعتــبار الغصـــب صالحا لإلحاق المال بأملاك الدولة العامة ، وأنه يكفـــى بصدده تقرير مسئولية الحكومة عن التعويض الذى يستحقه مالك العين وفوائده التعويضية .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " للمـــالك الـــذى اغتصب ملكه وأضيف إلى المنافع العامة بغـــير اتباع الإجراءات القانونية لنزع الملكية حق مطالبة الحكومة بفـــائدة تعويضية مقابل ريع الأرض التى نزعت ملكيتها منه جبرا عـــنه، ولمحكمة الموضوع حق تقرير هذه الفائدة على الوجه الذى تراه غير متقيدة فى ذلك بالقواعد القانونية الخاصة بفوائد التأخير".

(طعن رقم ٩ لسنة ٣ ق جلسة ١٩٣٣/٦/٨)

٢- " إذا أضافت الحكومة عينا إلى المنفعة العامة دون أن تتخذ الإجـــراءات الـــتى يوجبها قانون نزع الملكية ، فهذه الإضافة هى بمثابة غصب يستوجب مسئوليتها عن التعويض الذى يستحقه مالك العين وفوائده التعويضية . وقاضى الموضوع يكون فى هذه الحالة حـــرا فـــى تقدير التعويض والحكم به مبلغا واحدا ، أو بقيمة العين المنزوعة ملكيتها وبفوائدها التعويضية محسوبة من اليوم الذى يراه هو مبدءا لاستحقاق التعويض " .

(طعن رقم ٤٣ لسنة ٣ ق جلسة ١٩٣٣/١٢/٢١)

العيـــن المغتصبة (الدكتور محمد كامل مرسى الحقوق العينية الأصلية الجزء الأول ١٣٦٨ هـــ ١٩٤٩م ص ١٠١ هامش (١)) .

٣- " لاتثريب على محكمة الموضوع فى قضائها بالتعويض علـى وزارة الأشـغال إذا حكمهـا قد بنى على أن هذه الوزارة قد أزالـت سواقى للمدعين مقامة فى أرضهم لتوسيع أحد الخزانات ، وأنهـا استولت على الأرض والسواقى دون أن تتخذ إجراءات نزع الملكـية مفاجـئة أصـحاب السواقى بإزالتها فى وقت حاجتهم إلى مـياهها، لأن الـوزارة بهـذا الذى وقع منها تعتبر متعدية غاصبة وملتزمة بتعويض ما ترتب على عملها من الأضرار . ولايشفع لها من ذلك التمسك بالمادة السابعة من لائحة الترع والجسور " .

(طعن رقم ٦٧ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٩/٢/١٦)

٤- " تخصـيص العقـار المملوك لأحد الأفراد للمنفعة العامة بالفعل دون اتباع الإجراءات التى رسمها القانـون وذلك بالاستيلاء علـيه ونقل حيازته وإدخاله فى المال العام يتفق فى غايته مع نزع الملكية باتخاذ إجراءاته القانونية ، ومن ثم يستحق ذوو الشأن جميع مـا يرتـبه قـانون نـزع الملكية من حقوق بما فى ذلك الحق فى تعويض يعادل الثمن " .

(طعن رقم ٧ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٤/١٢/١٢)

٥- " تخصـيص مـا يملكـه الأفراد – من عقارات – للمنفعة العامـة– وعلى ما جرى قضاء هذه المحكمة– يقتضى أولا إدخاله فـى ملكية الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة الأخرى فيصبح فى

الملـــك الخاص وينتقل بعد ذلك إلى الملك العام بتخصيصه للمنفعة العامة بطريق رسمي أو بطريق فعلى ، ولئن كان الأصل أن إدخاله فـــى الملـــك الخاص للدولة يكون بطريق من طرق اكتساب الملكية المبيـــنة فـــى القـــانون المدنى أو بطريق نزع الملكية طبقا للقواعد والإجـــراءات الـــتى نظمها القانون الخاص الصادر بشأنه ، إلا أنه لـــيس هـــناك ما يمنع من أن تخصص الدولة العقار المملوك لأحد الأفراد للمنفعة العامة مباشرة دون اتخاذ الإجراءات المنوه عنها فى هـــذا القـــانون فتنتقل حيازته من المالك الأصلى إلى الدولة ويتحقق بذلـــك حكم نزع الملكية وتتولد عنه أسوة بالصورة العادية المباشرة جميع الحقوق المنصوص عليها فى القانون لذوى الشأن " .

(طعن رقم ٢٣٤٦ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٥/١٢/٢٥)

١٠٤ـ أمثلة من قضاء محكمة النقض للأموال العامة :

١ـ الأرصفة الجمركية :

فقد قضت محكمة النقض بأن :

" الأرصـــفة الجمركية باعتبارها من الأملاك العامة المخصصة لمـــنفعة عامـــة لايجوز تأجيرها ، وإنما يجوز تحويل منفعتها إلى الأفراد ويكون الانتفاع بها مقابل رسم لا أجرة " .

(طعن رقم ١٠٥ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/١٠/١٧)

٢ـ الارتفاقات الإدارية :

فقد قضت محكمة النقض بأن :

" الارتفاقات الإدارية المقررة لخدمة مال عام تعتبر أموالا عامة لتعلقها بالمال العام الذى تخدمه ، فيكون لها كذلك ما للأموال العامة من خصائص ، وحصانة وتبقى ما بقى المال العام المخدوم مخصصة للمنفعة العامة ، ولاتنقضى إلا بانتهاء تخصيصه لهذه المنفعة أو تخصيصه لجهة نفع أخرى غير تلك التى من أجلها تقرر الارتفاق " .

(طعن رقم ٨٨ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٣/٢٧)

٣ـ الميادين العامة :

فقد قضت محكمة النقض بأن :

" الميادين العامة تعتبر طبقا لنص المادة ٧٨ من القانون المدنى من أملاك الدولة العامة ، وتصرف الإدارة فيها – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – لايكون إلا على سبيل الترخيص وهو مؤقت يبيح للسلطة المرخصة دواما ولدواعى المصلحة العامة الحق فى إلغائه أو الرجوع فيه ولو قبل حلول أجله ، وكل أولئك من الأعمال الإدارية التى يحكمها القانون العام ولا ولاية للمحاكم فى شأنها ، ولاتخضع للقانون الخاص " .

(طعن رقم ٤٦١ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٤/٨)

٤- الشواطئ :

فقد قضت محكمة النقض بأن :

" المادة ٨٧ من القانون المدنى نصت على أنه " تعتبر أموالا عامة العقارات والمنقولات التى للدولة وللأشخاص الاعتبارية العامة والتى تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص " وكان المقرر فى قضاء هذه المحكمة – أن الشواطئ تعتبر فى حكم المادة ٨٧ سالفة الذكر من الأموال العامة وأن الترخيص بالانتفاع بها يعتبر من الأعمال الإدارية " .

(طعن رقم ٢٤٢٣ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٩/١/٣٠)

٥- جسور النيل ومجراه :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" جسور نهر النيل ومجراه تطبيقا للمادة ٧٨ من القانون المدنى من أملاك الدولة العامة " .

(طعن رقم ٣٨٧ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٨١/١٢/٢٩)

٦- الجبانات :

فقد قضت محكمة النقض بأن :

" النص فى المادتين الأولى والثانية من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦٦ فى شأن الجبانات والمواد الأولى والسادسة والثامنة

والتاسـعة مـن لائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير الصحة رقم ٤١٨ لسنة ١٩٧٠ ، يدل على أن الجبانات سواء كانت مخصصة لدفـن موتى المسلمين أو من عداهم على اختلاف مللهم وطوائفهم، تعتبر أموالا عامة مادامت معدة للدفن فيها وتخصصت بالفعل لهذه المـنفعة العامة ، وأن للمجالس المحليـة الإشراف عليها وإدارتها علـى الـنحو الذى بينته اللائحة التنفيذية آنفة الذكر ، وهو ذات ما كان مقررا من قبل فى ظل العمل بلائحة الجبانات الصادرة بتاريخ ١٨٧٧/١٠/٣٠ والـتى عهـدت إلـى مصـلحة الصحة العمومية بالاختصاصات المتعلقة بإنشاء الجبانات وتعديلها وإعطاء التراخيص بالدفن استثناء من أماكن غير الجبانات كالمساجد والكنائس وغيرها من الأماكن المعدة للعبادة، وكذلك فى ظل العمل بدكريتو ١٨٨٧/١٢/٦ بـتقرير عوائد لمصلحة الصحة عن التراخيص المتعلقة باستخراج الجثـث ونقلهـا وغير ذلك مما تتولاه المصلحة المذكورة فى هذا الخصـوص ممـا يفيد أن الجبانات جميعها كانت تعتبر قبل صدور القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦٦ من الأموال العامة وتشرف عليها الدولة ممثلة فى أجهزتها التنفيذية المختصة " .

(طعن رقم ١٩٢٥ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/٥/٩)

٧- دور العبادة :

قضت محكمة النقض بأن :

١- " الكنيسة لاتعتبر من الأموال العامة المبينة فى المادة ٩ من القانون المدنى (القديم) حتى لو صح قيامها على الجوامع المنصوص عليها فى هذه المادة . ذلك أن عبارة الفقرة السابعة صريحة فى أن الجوامع لاتعتبر من الأموال العامة إلا إذا كانت الحكومة قائمة بإدارتها أو بصرف ما يلزم لحفظها وبقائها . فشرط اعتبارها من الأموال العامة هو أن تكون فى رعاية الحكومة . وإذن فإذا كانت الكنيسة موضوع الدعوى لاينطبق عليها هذا الوصف فلا يصح اعتبارها من الأموال العامة ، ولايصح اعتبارها كذلك استنادا إلى الأمر العالى رقم ١٥ الصادر فى ٢٣ من أكتوبر ١٩٠٥، لأنه لايعدو لكونه مجرد ترخيص فى إنشاء كنيسة فليس من شأنه أن يخلع عليها صفة المال العام . فالحكم الذى يقضى بعدم اختصاص المحاكم بالنظر فى ملكية مثل هذه الكنيسة باعتبارها من الأموال العامة يكون مخالفا القانون " .

(طعن رقم ١١٨ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/٥/١٨)

٢- " شرط اعتبار الأماكن المخصصة للعبادة والبر والإحسان من الأملاك العامة طبقا لنص الفقرة السابعة من المادة التاسعة من القانون المدنى القديم – هو أن تكون فى رعاية الحكومة تدير

شئونها وتقوم بالصرف عليها من أموال الدولة . فإذ كان الثابت أن وزارة الأوقــاف لم تتول إدارة تلك الأعيان المتنازع عليها بصفتها الحكومــية وإنما بوصفها ناظرة عليها شأنها فى ذلك شأن أى فرد مــن الأفــراد يعهد إليه بإدارة شئون الوقف فإنه ليس من شأن هذا النظر أن يخلع على هذا المال صفة المال العام " .

(طعن رقم ٥٥ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٨/٥/١٥)

٣- " إذا خلصت المحكمة إلى أن المستأنف عليه الأول قد أقام البــناء علــى الأرض المملوكــة للمستأنف عليهم أولا وثانيا بدون رضاهم ، وأقيمت الدعوى منهم خلال ميعاد السنة من تاريخ علمهم بإقامــة البــناء فــإن طلبهم إزالة البناء على نفقة المستأنف الأول يضــحى سديدا ويمتنع بالتالى التمسك فى مواجهتهم بقاعدة التعسف فى استعمال حق الملكية لتخلف شروط إعمال أحكامها . ومتى كان الحكم المستأنف قد انتهى صحيحا إجابة المستأنف عليهم أولا وثانيا إلــى طلبهم إزالة البناء على نفقة المستأنف الأول فإنه يتعين تأييده ولايــنال من هذا القضاء إنشاء المستأنف الأول مسجدا أسفل البنا. لعــدم ثبوت المسجدية له وفقا لأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة لعدم خلوصه لله تعالى وانقطاع حق العباد عنه " .

(طعن رقم ٤٣٣٨ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧/٧/١٢)

١٠٥- هل المال العام يعد مملوكا للدولة ؟

ثار جدل كبير فى الفقه حول تكييف حق الدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة على الأموال العامة . فذهب البعض إلى أنه ليس للدولة على هذه الأموال حق الملكية . وحجتهم فى ذلك هى أن الدولة لاتستعمل هذه الأموال ، إذ استعمالها يثبت لجمهور الناس حتى الأجانب منهم ، وهى لاتستغلها فى العادة، لأن الغالب فى الأشياء المخصصة للنفع العام أنها لاتدر ثمارا ، وفضلا عن ذلك ، فالدولة لاتتصرف فى المال العام ما بقى له هذا الوصف، وخرج هؤلاء الفقهاء من ذلك إلى أن عناصر حق الملكية الثلاثة وهى الاستعمال والاستغلال والتصرف منتفية بالنسبة للمال العام .

وهذا ما دعاهم إلى القول بأن هذا المال يخرج عن دائرة التعامل، فهو لايكون مملوكا لأحد ، وليس للدولة عليه إلا الولاية والرعاية والإشراف ، أما ملكيتها فللأمة[١] .

وذهب فريق آخر من الفقهاء إلى أن للدولة على أموالها العامة حق الملكية شأنها فى ذلك شأن غيرها من أشخاص القانون العام. وهم يردون على معارضيهم بقولهم إذا كان جمهور الناس هو الذى

---

(١) محمد على عرفه ص ١٤٩ ومابعدها – الأستاذ أحمد فتحى زغلول شرح القانون المدنى طبعة ١٩١٣ ص ٤٩ .

يســتعمل المــال العام ، فهو يفعل ذلك باعتباره عنصرا أساسيا من العناصــر الــتى تتكون منها الدولة ، فكأن الدولة هى التى تستعمل المــال العام بوساطة شعبها . ثم إن للدولة الحق فى الإفادة من غلة المال العام كلما كان من شأنه أن يدرها ، فكأن حق الاستغلال ثابت لهــا أيضا . وإن كان مقيدا . وفضلا عن ذلك ، فالدولة وإن امتنع عليها أن تقوم على المال العام بالغالب من التصرفات القانونية ، إلا أن لها أن تجرى بعضها ، وهى تلك التى لاتتعارض مع تخصيصه للنفع العام . ثم إن للدولة أن تجرى عليه جميع التصرفات المادية الــتى يقتضيها تخصيصه للنفع العام ، فلها أن ترصف الطريق وأن تهذب مجرى النيل وأن توسع الموانى وأن تشيد طبقات جديدة على المبانى العامة ، إلى غير ذلك من الأفعال المادية . بل إن للدولة أن تــرفع عن المال صفته العامة ذاتها ، بإزالة تخصيصه للنفع العام. فكأن حق التصرف متوافر بدوره فى المال العام وإن كان محدودا. وهكــذا يصــل الفــريق الثانى من الفقهاء إلى أن عناصر الملكية الــثلاثة، وهــى الاستعمال والاستغلال والتصرف ، غير منتفية فى المــال العــام بل متوافرة ، وإن اقتضى التخصيص للنفع العام أن تختلف عما عليه الحال فى الأموال الخاصة .

وانـــتهى هـــؤلاء الفقهـــاء إلى أن الدولة ولغيرها من أشخاص القـــانون العـــام حـــق الملكية على أموالها العامة ، وإن كانت هذه الملكـــية من نوع خاص . وهذا الرأى هو الذى يعتنقه أكثر الفقهاء المدنيين والإداريين على السواء [١].

ويضـــيف بعـــض أنصار هذا الرأى حجة أخرى لرأيهم هى أن مشروع التقنين المدنى الجديد كان صريحا فى أن للشخص المعنوى العـــام حق الملكية فى الشىء العام ، فكان مشروع المادة ٨٧ مدنى يجـــرى على الوجه الآتى : " تعتبر أموالا عامة العقارات المملوكة للدولـــة أو للأشخاص المعنوية العامة والتى تكون مخصصة لمنفعة عامـــة " فكـــان هذا النص يحمل دليلين على ملكية الدولة للأموال العامـــة (أ) دليلا صريحا هو عبارة " المملوكة للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة " التى وصفت بها الأموال العامة . (ب) دليلا آخر يســـتخلص مـــن تعدد الدومين العام ، فمادام الدومين العام يمكن أن يكون للدولة كما يمكن أن يكون للأشخاص المعنوية العامة الأخرى، كمـــا جاء صراحة فى النص ، فمعنى ذلك أن الدومين العام مملوك للشـــخص الإدارى الـــذى يتبعه ، إذ لو لم يكن مملوكا له لما تعدد

---

(١) الدكـــتور وحيد رأفت القانون الإدارى جـــ٢ ص ١٠٢٢ – محمد كامل مرسى ص ١٠٦ – السنهورى ص ١١٧ ومابعدها .

الدومين العام ولما أمكن أن يكون لكل من الأشخاص المعنوية العامة المتعددة دومين عام يتبعه خاصة ، ولوجب إرجاع الدومين العام إلى إشراف الدولة وحدها دون غيرها من الأشخاص المعنوية الأخرى . ولما عرض النص سالف الذكر على لجنة المراجعة لم تتنبه إلا إلى الدليل الأول الصريح ، فحذفت كلمة " المملوكة " تجنبا للأخذ برأى قاطع فى أن هذه الأموال العامة مملوكة للدولة أو أن الدولة حارسة على هذه الأموال [1].

---

(١) السنهورى ص ١١٧ .

الأحكام التى تخضع لها الأموال العامة

حقوق الدولة والأشخاص الاعتبارية الأخرى

١٠٦ـ أولاً : الحق فى رفع دعوى الاستحقاق ودعاوى الحيازة:

للدولة وللأشخاص الاعتبارية الأخرى حماية المال العام الـذى تملكه برفع دعوى الاستحقاق، شأنها شأن الأفراد تماما، كما أن لها حماية حيازتها برفع دعوى الحيازة [1].

كما أنه لها طلب رفع الدعوى الجنائية على من يعتـدى علـى المال العام، ولها أن تزيل آثار الاعتداء بالطرق الإدارية .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

١- " إذا كانت الدعوى قدرفعت من الحكومة(المطعون ضدها) بقصد تقرير حقها على الأرض المتنازع عليها باعتبارها من أموال الدولة العامة وأنه بذلك يكون وضع يد الطاعنين عليها غير مشروع فإن هذه الدعوى تكون دعوى ملكية لا دعوى حيازة " .

(طعن رقم ٢١٠ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٤/٢٦)

٢- " ثبوت صفة العمومية للمال بتخصيصه لمنفعة عامة ينتفى معه حسن نية من يحوز المال بعد حصول هذا التخصيص إذ يمتنع عليه فى هذه الحالة التحدى بأنه كان عند حيازته يجهل أنه يعتـدى على حق الغير لأن هذا الجهل يكون ناشئا عن خطأ جسيم لما يشهد

---

(١) السنهورى ص ١٢٢ – محمد كامل مرسى ص ١٠٦ .

بــه الواقع من تخصيص المال الذى يحوزه للمنفعة العامة ومن ثم لاتتوافر بهذا الجهل حسن النية لدى الحائز " .

(طعن رقم ٢١٥ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٤/٢٧)

١٠٧ـ ثانيا : تملك الثمار والحاصلات :

للشـــخص الإدارى تملك ثمار المال العام الذى يتبعه كما يتملك حاصـــلاته . وتملكه لثمار المال العام وحاصلاته إنما هو فرع من تملكه للشيء العام نفسه ، فمالك الأصل هو الذى يملك ما ينتج عن هذا الأصل من ثمار وحاصلات [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ)- " الـــتزام الحائــز سيء النية برد الثمرات ليس من الحقوق الدورية أو المتجددة التى تسقط بالتقادم الخمسى ومن ثم فلا يــتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة طبقا للمادة ٣٧٥ من القانون المدنـــى التى قننت ما كان مقررا فى ظل القانون المدنى الملغى . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر الطاعنة سيئة النية فى وضع يدها على جزء من " الأملاك العامة" بغير ترخيص ومسئولة بالتالى عـــن رد الثمرات – وأن التزامها فى هذا الصدد لايتقادم إلا بخمس عشرة سنة ، فلا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٥٣١ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٥/٢٤)

---

(١) السنهورى ص١٢٣–محمد كامل مرسى ص١٠٦ عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٢٧ .

(ب) " الرســم الذى تعنيه المادة ٢٢ من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣ – الــذى يــتقادم بثلاث سنوات بالتطبيق لحكم المادة ٣٧٧ مدنــى– هو المبلغ الذى تستحقه الدولة مقابل ترخيصها بإجراء أى عمــل مــن الأعمــال المبينة فيها داخل حدود الأملاك العامة ذات الصــلة بالــرى والصرف ، وهو يختلف عن مقابل الانتفاع الذى يســتحق للدولــة عن شغل جزء من الأملاك العامة بغير ترخيص الــذى لايــتقادم إلا بالمدة الطويلة كما أنه ليس من الحقوق الدورية المتجددة التى تسقط بالتقادم الخمسى " .

(طعن رقم ٥٣١ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٥/٢٤)

٢– " مــتى انــتهى الحكم إلى اعتبار الطاعنين سيئى النية فى وضع يدهم على جزء من الأملاك العامة فإن ذلك يقتضى اعتبارهم مســئولين عن جميع ثماره التى قبضوها والتى قصروا فى قبضها. ولايســقط حق الحكومة فى المطالبة بها بانقضاء خمس عشرة سنة طبقا لما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٣٧٥ من التقنين المدنى القائم التى قننت ما كان مستقرا وجرى به قضاء محكمة النقض فى ظل التقنين الملغى من عدم انطباق التقادم الخمسى فى هذه الحالة".

(طعن رقم ٢١٥ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٤/٢٧)

١٠٨ـ ثالثا : حق الشخص الاعتبارى فى الترخيص بالانتفاع بالمال العام :

للسلطة الإدارية التصرف فى الأملاك العامة لانتفاع الأفراد بها ويكون ذلك على سبيل الترخيص لا الإيجار . وهذا الترخيص مؤقت غير ملزم للسلطة المرخصة التى لها دائما لدواعى المصلحة الحق فى إلغائه والرجوع فيه قبل حلول أجله ، ثم هو عدا هذا خاضع لحكم الشروط والقيود الواردة فيه . وإعطاء الترخيص ورفضه والرجوع فيه ، كل أولئك أعمال إدارية بحكم القانون العام.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ)- " إن تصرف السلطة الإدارية فى الأملاك العامة لانتفاع الأفراد بها لايكون إلا على سبيل الترخيص "concession" والترخيص بطبيعته مؤقت غير ملزم للسلطة المرخصة التى لها دائما ، لداعى المصلحة العامة ، الحق فى إلغائه والرجوع فيه قبل حلول أجله . ثم هو - عدا ذلك - خاضع لحكم الشروط والقيود الواردة فيه . وإعطاء الترخيص ورفضه والرجوع فيه- كل أولئك أعمال إدارية بحكم القانون العام . ثم إن كون الترخيص يصدر فى مقابل رسم يدفع لايخرجه عن طبيعته تلك ولايجعله عقد إيجار" .

(ب) " إذا كان الثابت من أوراق الدعوى أن الترخيص الصادر من المجلس البلدى فى شغل كشك للبلدية قد انتهى أجله ولم يجدد

قانونا ، وطولب المرخص له بإخلاء الكشك وتسليمه فلم يفعل ، فإن استمراره فى شغله يكون بغير وجه حق، ويكون للمجلس البلدى أن يستولى عليه بالطرق الإدارية عملا بالمادة الخامسة من الترخيص. وهذا التصرف من جانب المجلس يعتبر عملا إداريا يحرم على المحاكم تعطيله . فإذا رفع المنتفع دعوى باسترداد حيازة الكشك لنفسه بعد استيلاء البلدية عليه إداريا ، فهذا منه معناه المطالبة بإلغاء تنفيذ أمر إدارى ممالا اختصاص للمحاكم به . فإذا قضت المحكمة فى هذه الدعوى بإعادة وضع يد المنتفع على الكشك فإنها تكون قد خالفت القانون ، ويتعين نقض حكمها والقضاء بعدم اختصاص المحاكم بنظر الدعوى " .

(طعن رقم ١١٠ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/١١/٢٣)

٢- " تصرف السلطة الإدارية فى أملاك الدولة العامة لايكون إلا على سبيل الترخيص والترخيص بطبيعته مؤقت وغير ملزم للسلطة المرخصة التى لها دائما لدواعى المصلحة العامة الحق فى إلغائه والرجوع فيه ولو قبل حلول أجله وكل أولئك من الأعمال الإدارية التى يحكمها القانون العام وتخرج عن ولاية المحاكم العادية لتدخل فى اختصاص جهة القضاء الإدارى طبقا لقانون مجلس الدولة " .

(طعن رقم ٣٨٧ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٨١/١٢/٢٩)

٣- " للدولـــة علـــى الأموال العامة حق استعمالها واستثمارها ويجـرى ذلك وفقا لأوضاع وإجراءات القانون العام ، والمقرر فى قضاء هذه المحكمة أن تصرف السلطة الإدارية فى الأموال العامة لانـــتفاع الأفراد بها لايكون إلا على سبيل الترخيص ، وهذا يعتبر بذاته وبطبيعته مؤقتا وغير ملزم للسلطة العامة التى لها دائما لداعى المصـــلحة العامـــة الحق فى إلغائه والرجوع فيه قبل حلول أجله ثم هـــو- عـــدا ذلـــك - خاضع لحكم الشروط والقيود والواردة فيه ، وإعطـــاء الترخـــيص ورفضـــه والرجوع فيه كل ذلك من الأعمال الإداريـــة الـــتى يحكمهـــا القانون العام ولاتخضع للقانون الخاص، وكون الترخيص بصرف مقابل رسم يدفع لايخرجه من طبيعته تلك ولايجعله عقد إيجار " .

(طعن رقم ٢٠٣٢ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٥/١٢/٢٦)

٤- " تصـــرف الســـلطة الإدارية فى الأموال العامة المملوكة للدولـــة أو الشخص الاعتبارى العام لانتفاع الأفراد بها لا يكون إلا علـــى سبيل الترخيص وهذا يعتبر بذاته وبطبيعته مؤقتا وغير ملزم للســـلطة العامـــة التى لها دائما لدواعى المصلحة العامة الحق فى إلغائـــه والرجوع فيه قبل حلول أجله . ثم هو عدا ذلك خاضع لحكم الشـــروط والقيود الواردة فيه وإعطاء الترخيص ورفضه والرجوع فيه كل أولئك أعمال إدارية يحكمها القانون العام ولايخضع للقانون

الخاص أو القيود التى تفرضها قوانين إيجار الأماكن وكون الترخيص يمــنح للمنتفع مقابل رسم يدفعه لا يخرجه عن طبيعته تلك ولايجعل مــنه عقــد إيجار . لما كان ما تقدم فإن المبنى الكائنة به الوحدات محل النزاع لايخضع لأحكام تحديد الأجرة الواردة فى قوانين إيجار الأماكن ومن ثم فلا تختص لجان تحديد الأجرة بتقدير قيمة إيجارية لوحداتــه – وإذ خــالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى فى الدعوى على أساس سريان قانون إيجار الأماكن على المبنى سالف الذكــر وعقد للجان تحديد الأجرة الاختصاص بتحديد أجرة وحداته محل النزاع فإنه يكون قد خالف صحيح القانون " .

(طعن رقم ١٥٩٧ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٧)

٥- (أ)- المقــرر فــى قضــاء محكمــة النقض – أن الانتفاع بــالأموال العامــة لايكون إلا بمقتضى ترخيص ومقابل رسم تحدده الســلطة العامــة لا أجــرة وأن ذلك يعد من الأعمال الإدارية التى يحكمها القانون العام ، ويخرج من ولاية القضاء العادى ليدخل فى اختصاص جهة القضاء الإدارى طبقا لقانون مجلس الدولة . إذ أن كــون الترخــيص يمــنح للمنتفع مقابل رسم يدفعه للجهة المختصة لايخــرج المــال العام عن طبيعته ولايجعل الترخيص عقد إيجار – حتى لو وصفته بذلك الجهة الإدارية – إذ العبرة فى تكييف الرابطة الــتى تربطها بالمنتفع بالمال العام هو بحقيقة الواقع وحكم القانون،

ومــن ثــم لايخضع للقانون الخاص أو القيود التى تفرضها قوانين إيجار الأماكن ".

(ب) – " إذ كان البين من الأوراق أن الطاعنين– بصفاتهم – قد تمســكوا أمــام محكمة الموضوع بأن العين محل النزاع قد أقيمت علــى إفريز الطريق العام الذى يعد من الأموال العامة وأن الانتفاع بهــا يكون بمقتضى ترخيص إدارى مقابل رسم لا أجرة ، وإذ أقام الحكم المطعون فيه قضاءه على ما أورده بمدوناته من أن " الثابت مــن عقد الإيجار المقدم صورة طبق الأصل منه أنه قد عنون بأنه عقد إيجار ولم يرد به أية عبارة تفيد بأن يعطى جهة الإدارة سلطة استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص ولايبين من العقد أيضا أن القصــد منه تسيير مرفق عام أو استغلاله أو المساهمة فيه ومن ثم لاتــتوافر أركــان العقد الإدارى ولايعتبر من قبيل الترخيص الذى يخرج عن نطاق تطبيق قانون إيجار الأماكن وإنما يتعلق الأمر بعقد إيجار من عقود القانون الخاص. يخضع لقانون الإيجار الاستثنائى". وكــان هــذا الــذى أورده الحكم بأسبابه لايواجه دفاع الطاعنين – بصــفاتهم – ســالفة الذكر ، رغم أنه دفاع جوهرى قد يتغير به– لوصــح– وجه الرأى فى الدعوى ، فإنه يكون فضلا عن خطئه فى تطبين القانون ، مشوبا بالقصور فى التسبيب ".

(طعن رقم ٢٦٤٧ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٧/٣/٥)

٦- "تصرف السلطة الإدارية فى الأموال العامة لانتفاع الأفراد بها لايكون إلا على سبيل الترخيص المؤقت ومقابل رسم لا أجرة . عدم خضوع هذا الرسم لقواعد تحديد الأجرة القانونية للأماكن الخاضعة لقوانين إيجار الأماكن . علة ذلك . العبرة فى تكييف العلاقة التى تربط جهة الإدارة بالمنتفع بالمال العام بحقيقة الواقع وحكم القانون مادام العقد متعلقا بمال عام واستهدفت تلك الجهة تحقيق مصلحة عامة " .

(طعن رقم ٤٥٨٨ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٩/٥/٢٤- لم ينشر بعد)

٧- " الأموال العامة. ماهيتها. م٧٨ مدنى . الأموال المخصصة بالفعل أو بمقتضى قانون أو قرار جمهورى أو وزارى للمنفعة العامة. التصرف فيها يكون بطريق الترخيص المؤقت ".

(طعن رقم ٥٨٢٩ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠١/١/٧- لم ينشر بعد)

١٠٩ـ رابعا : تنظيم طريقة استعمال المال العام :

للدولة والأشخاص الاعتبارية العامة الأخرى أن تنظم طريقة استعمال المال العام بالشكل الذى تراه واصلا به إلى أداء وظيفته على أحسن الوجوه وأنفعها .

١١٠ـ قيد على سلطة الدولة والأشخاص الاعتبارية الأخرى :

عدم التصرف فى الأموال العامة :

تنص الفقرة الثانية من المادة صراحة على أن الأموال الغامة "لايجوز التصرف فيها ". والمقصود بالتصرف فى المال العام ، هو الذى يقصدبه تجريد المال من صفته العامة وإلحاقه بالدومين الخاص.

وهذه الخاصة في المال العام نتيجة لازمة للقول بتخصيصه للمنفعة العامة ، إذ بدونها لايتحقق الانتفاع العام بالأموال العامة ما يجب من ثبات واستقرار ، فيمتنع تبعا لذلك على جهة الإدارة أن تنقل مالا عاما إلى ذمة أحد الأفراد أو إلى أشخاص القانون الخاص بوجه عام ، سواء بطريق البيع أو المقايضة أو الهبة أو غير ذلك إلا بعد أن تجرده من صفته العامة وتلحقه بالأموال الخاصة ، بالطريقين اللذين نصت عليها المادة (٨٨ مدنى) كما سنرى . .

ومن مقتضى عدم جواز التصرف فى الأموال العامة أيضا، أنه لايجوز أن يرتب عليها من الارتفاقات المدنية إلا تلك التى تستند إلى نص فى القانون المدنى ، وبشرط ألا تتعارض مع تخصيصها النفع العام (م١٠١٥) ، أما الاتفاق فلا يصلح سببا لفرض مثل هذه الارتفاقات على المال العام لمنافاته لمبدأعدم جواز التصرف فيه[1].

---

(١) محمد على عرفه ص ١٣٩ وما بعدها .

علـــى أن هــذا الحظر التشريعى قاصر على مجال التعامل فى نطـــاق القـــانون الخاص ، أى على المعاملات التى تخضع لأحكام القـــانون المدنى . أما المعاملات التى تجرى بشأن المال العام بين الأشـــخاص الإدارية المختلفة ، كالمبادلات التى ينتقل بها المال من ولايـــة الدولة إلى ولاية الأشخاص الإدارية الإقليمية ، فهى جائزة بالنســـبة للمال العام . وكذلك الشأن بالنسبة لتصرفات القانون العام الأخرى التى توافق طبيعة المال العام ، وليس من شأنها أن تعرقل الانـــتفاع بـــه ، كعقود الالتزام بمرفق عام . فمثل هذه العقود تطبق علـــيها أحكـــام القـــانون العام التى تلائمها دون غيرها ، وأخصها احـــتفاظ الدولـــة بحـــرية إنهائهـــا أو تعديلهـــا تلبية لداعى المنفعة العامة[1].

١١١- أثر تصرف الإدارة فى المـال العام :

تصـــرف الإدارة فى المال العام يقع باطلا بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام .

ويجـــوز لكـــل ذى مصـــلحة أن يتمســـك به . فيجوز إذن لمن تصـــرف إلـــيه الشخص الإدارى من الأفراد أن يتمسك بالبطلان . فمـــن يشترى شيئا عاما من الإدارة ويدفع ثمنه يجوز له أن يتمسك ببطلان البيع وأن يسترد الثمن .

---

(١) محمد على عرفه ص ١٤٠ .

وأكـــثر مـــن هذا يجوز للشخص الإدارى نفسه الذى صدر منه التصـــرف – بل يجب عليه– أن يرفع الدعوى ببطلان البيع . كما أن له أن يدفع الدعوى المرفوعة عليه بتسليم الشيء إذا لم يكن سلم للمشترى بالبطلان .

ويجــوز كذلك للشخص الإدارى أن يلجأ إلى دعوى الاستحقاق يسترد بها الشيء الذى سلمه للمشترى [١].

غـــير أن هـــذا لايحـــول دون تقرير مسئولية الإدارة مدنيا عن خروجها على القيد المفروض عليها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١– " مـــتى كـــان العقد قد تناول التصرف فى أرض كانت قد اكتسبت صفة المال العام قبل صدوره فإنه يكون باطلا بطلانا مطلقا مـــتعلقا بالنظام العام وفى هذه الحالة لايعذر المشترى الحائز بجهله عيوب سنده " .

(طعن رقم ٢١٥ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٤/٢٧)

٢– " المـــادة ٨٧ من القانون المدنى تحظر التصرف فى المال العـــام ، ولما كان هذا النص من النظام العام إذ قصد به اعتبارات عامـــة هى حماية ملكية الدولة العامة فإن البيع الذى يرد على مال مـــن الأمـــوال العامـــة يكون باطلا بطلانا مطلقا لوقوعه على مال

---

(١) السنهورى ص ١٢٧ ومابعدها – محمد على عرفه ص ١٣٩ ومابعدها.

لايجــوز الــتعامل فيه بحكم القانون ، وكان المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن التسجيل لايصحح عقدا باطلا، لما كان ذلك وكان الحكم المطعــون فيه قد خلص إلى أن البيع الحاصل للطاعنة باطل بطلانا مطلقــا لوقوعـــه على محل غير قابل للتعامل فيه إذ كانت الأرض محــل العقــد عند إبرامه من المنافع العامة، وأن أمر السيد رئيس محكمة القاهرة رقم ... بإبقاء الشهر المؤقت لهذا العقد لايضفى أية شــرعية لتملك الأرض بهذا العقد لأنه لايجوز تملكها بأى وجه من الوجوه ، فإن الحكم يكون قد التزم صحيح القانون " .

(طعن رقم ٨١٩ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٩)

ميزات للأموال العامة :

١١٢ـ أولاً : عدم قابلية الأموال العامة للحجز عليها :

نصت الفقرة الثانية من المادة صراحة على أنه لايجوز الحجز على الأموال العامة . وهذا الحكم هو نتيجة منطقية لمبدأ عدم جواز التصرف فى المال العام بما يتعارض مع تخصيصه للمنفعة العامة. ذلــك أن الحجز ينتهى إلى بيع إجبارى ، فإذا كان البيع الاختيارى ممنوعا فأولى أن يمنع البيع الإجبارى .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" قصد المشرع بما تقضى به المادة ٨١ من القانون المدنى من أن الأمــوال العامـــة تخرج عن التعامل بحكم القانون، عدم جواز

التصرف فى هذه الأموال أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم ، وهو مـا نص عليه فى المادة ٢/٨٧ من القانون المدنى وهذا أمر لاشأن له بتقدير قيمة الدعوى " .

(طعن رقم ٢٣٨ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٧/١٢/١٢)

وتفريعا على هذا المبدأ لايجوز للإدارة أن تثقل الأموال العامة. بحقـوق عينـية تبعـية ضـمانا للديون التى تشغل ذمة الدولة أو الأشـخاص الاعتبارية الأخرى . فلا يجوز ترتيب رهن حيازى أو رسـمى أو مـنح اختصاص أو تقرير امتياز على الأموال العامة ، والحكمة من هذا الحظر ظاهرة ، فإن الغاية من هذه الحقوق تمييز أصـحابها على غيرهم من الدائنين عند بيع الأموال المحملة بها ، وهذا الغرض غير متحقق فى الأموال العامة (١).

١١٣ـ ثانياً : عدم جـواز تملك الأموال العامة بالتقادم :

نصـت الفقرة الثانية من المادة صراحة على أنه لايجوز تملك الأموال العامة بالتقادم .

والقصد من ذلك حماية المال العام بمنع تعطيل الانتفاع به وفقا لما هو مخصص له بتملك أحد الأفراد هذا المال بالتقادم .

وينبنى على ذلك أنه إذا فقد المال العام صفته بانتهاء تخصيصه للمنفعة العامة بسبب من الأسباب فإن ذلك يخرجه من دائرة الأموال

---

(١) محمد عرفه ص ١٤٢ ومابعدها .

العامـــة ويدخلـــه فـــى عـــداد أملاك الدولة الخاصة ويأخذ حكمها، وســنرى فى شرح المادة (٩٧٠) أنه منذ العمل بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ (بتعديل المادة ٩٧٠ مدنى) أصبح لايجوز تملك أموال الدولة الخاصة أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم .

ولايجــوز لواضـــع الــيد على هذا المال أن يحمى يده بإحدى دعـــاوى وضـــع اليد ، فإنما شرعت هذه الدعاوى لحماية الحيازة القانونية ، وحيازة الأعيان المخصصة للمنفعة العامة غير مشروعة فى نظر القانون فلا تحميها دعاوى وضع اليد .

علـــى أن الاحـــتجاج بهذا المبدأ قاصر على جهات الإدارة، فلا يجوز التحدى به بين الأفراد .

وعلـــة ذلـــك ظاهـــرة ، فإنمـــا شرع هذا المبدأ لتمكين الإدارة باعتبارها صاحبة الولاية على الأموال العامة من صيانة تخصيصها للمنفعة العامة، فلا يجوز الاستناد إليه لتغليب جانب المتعرض على جانـــب الحائز فى الدعاوى القائمة بين الأفراد ، بل الأولى فى مثل هـــذه الدعـــاوى تغليب مصلحة صاحب اليد الظاهرة وهو الحائز ، ولئـــن تضـــار الإدارة من الحكم الصادر فى هذا الفرض لمصلحة الحائز للمال العام ، لأن حجيته قاصرة على طرفى الخصومة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " وضع اليد على الأموال العامة - مهما طالت مدته - لايكسب الملكية إلا إذا وقع بعد انتهاء تخصيصها للمنفعة العامة بمعنى أنه لجواز تملك الأموال العامة بالتقادم يجب أن يثبت أولا انتهاء تخصيصها للمنفعة العامة ، إذ من تاريخ هذا الانتهاء فقط تدخل في عداد الأملاك الخاصة فتأخذ حكمها ثم يثبت وضع اليد عليها بعد ذلك المدة الطويلة المكسبة للملكية بشرائطها القانونية. فإذا اعتبر الحكم المطعون فيه مجرد وضع يد المطعون ضدهم مدة تزيد على خمسة عشر يوما بغير اعتراض أو منازعة من الطاعن (الحكومة) هو السبب الذى أزال عن أرض النزاع تخصيصها للمنفعة العامة ورتب على ذلك اكتسابهم ملكيتها فإنه يكون مخطئا فى القانون " .

(طعن رقم ٢٨٤ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٤/٢١)

٢- "وضع اليد على الأموال العامة مهما طالت مدته لايكسب الملكية ما لم يقع بعد زوال صفة المال العام عنها وإذ كانت محكمة الاستئناف - بما لها من سلطة موضوعية فى تقدير الدليل- قد استخلصت مما ورد بتقرير الخبير أن الأطيان محل النزاع قد استقرت وأصبحت ثابتة منذ ... مما مؤداه زوال صفة المال عنها من هذا التاريخ وكان الحكم المطعون فيه قد استظهر من أقوال

شـــاهدى المطعون عليه وأحد شهود الطاعن أن والد المطعون عليه وضـــع الـــيد علـــى الأطيان من قديم الزمان حتى توفى سنة .... فاســـتمر المطعـــون عليه فى وضع اليد عليها وضعا مستوفيا كافة شـــروطه القانونية مدة تزيد على خمس عشرة سنة قبل أن يتعرض لـــه الطاعـــن أو يعكـــر عليه حيازته ، فإن النعى عليه بالفساد فى الاســـتدلال ومخالفـــة الثابت فى الأوراق لايعدو أن يكون جدلا فى تقديـــر الدلـــيل ممـــا تستقل به محكمة الموضوع بلا رقابة لمحكمة النقض عليها فيه " .

(طعن رقم ١٨٤ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/١/١٧)

٣- " المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن أراضى الآثار باعتبارها من الأموال العامة لايجوز تملكها بوضع اليد مهما طالـــت مدتـــه إلا إذا كـــان وضـــع اليد عليها قد حصل بعد انتهاء التخصـــيص للمـــنفعة العامة وفقدانها صفة المال العام فقدانا تاما وكان مجرد سكوت مصلحة الآثار عن إقامة الغير بناء فى أراضى الآثار لايؤدى إلى زوال التخصيص ... الخ " .

(طعن رقم ٤ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٤/٥/٨)

وكمـــا لايجـــوز تملك المال العام بالتقادم لايجوز تملكه إذا كان مـــنقولا بالحـــيازة . وعلى هذا يجوز للشخص الإدارى أن يسترد الشـــىء العام المنقول من تحت يد حائزه ولو كان هذا الحائز حسن

النـــية . كمـــا لايجـــوز التمســـك بالالتصاق لاكتساب ملكية المال بموجبه[1].

وفى هذا قضت محكمة النقض بـأن :

١- " إن المـــادة الأولى من قانون الآثار والمادة ٩ من القانون المدنـــى الأهلى والمادة ٢٥ من القانون المدنى المختلط تعتبر الآثار مـــن الأملاك العامة . فلا يجوز التبايع فى التمثال الأثرى ، وبيعه وشـــراؤه باطلان . وللحكومة أن تقاضى كل من يوجد هذا التمثال فى حيازته ، مهما كانت جنسيته ، لتسترده منه بغير تعويض تدفعه لـــه أو ثمـــن تـــرده إليه . وليس له أن يحتج بنص المادة ٨٧ من القـــانون المدنى لأن المقرر قانونا أن أحكام تملك المنقول بالحيازة لاترد مطلقا على الأملاك العامة " .

(طعن رقم ٤٤ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٧/١٢/١٦)

١١٤- حقوق الأفـراد فى استعمال المـال العام :

المـــال العام كما رأينا مخصص للمنفعة العامة ، ومن ثم يجوز للأفـــراد اســـتعمال هـــذا المال ، ذلك أن الانتفاع العام بالمال من مظاهـــر مباشـــرة الحـــريات الفردية ، كحرية الغدو والرواح على الطـــرق العامة ، كما أن الأصل فيه تحقيق المساواة بين المنتفعين فـــى استعمال المال العام على الوجه الذى يفرضه تخصيصه ، إلا

---

(١) السنهورى ص ١٣١ – محمد على عرفه ص ١٤١ ومابعدها .

أن هذا لايسلب الإدارة سلطتها فى إصدار الأوامر التنظيمية اللازمة لـــرعاية الأمن والسلامة العامة والصحة العمومية ، ولتنظيم وجوه استعمال المال العام فيما خصص له ، بل إن لها فى هذا السبيل أن تتطلـــب اســتيفاء شــروط عامـــة تعيــنها مقدما ليتم هذا الانتفاع، كاشـــتراطها رخصـــة قــيادة مــثلا فيمن يقود سيارة توخيا لحماية الجمهـــور وســـلامته . ولهـــا أيضـــا أن تضع الضوابط التى تلزم مـــراعاتها فى مباشرة الانتفاع رعاية لدواعى الأمن العام والصحة العامـــة والســـلامة العامـــة ، كمنع عربات النقل فى شوارع معينة وتحديـــد وقـــوف ومرور السيارات فى بعض الشوارع . وإذا كان الاســـتعمال مجافيا لتخصيص المال العام فللإدارة سلطة منعه دون حاجـــة إلى نص أو تنظيم خاص كمزاحمة السيارات للطريق العام بوقوفهـــا مدة طويلة . وأخيرا للإدارة أن تجبر الأفراد على احترام أوامرها التى تنظم بها استعمال الأموال العامة بتضمين هذه الأوامر عقوبـــة جنائـــية بشرط ألا تزيد على خمسين جنيها (م٣٨٠/١ من قـــانون العقوبات) . فإذا كان القرار لاينص على عقوبة ما يجازى مـــن خالف أحكامها بدفع غرامة لاتزيد على خمسة وعشرين جنيها (م٣٨٠/٢ مـــن قـــانون العقوبات) كما لها أن تضمن هذه الأوامر سحب الرخص التى تكون قد منحتها [١].

---

(١) محمد على عرفه ص ١٤٥ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كـــان ما خلص إليه الحكم من أن أرض النزاع مخصصة للمـــنفعة العامـــة يتـــيح للكافـــة حق الانتفاع بها فيما خصصت له باعتـــبارها مـــالا عامـــا والذود عن هذا الحق فإن الدفع بعدم قبول الدعوى – لرفعها من غير ذى صفة – يكون ظاهر الفساد ولايعيب الحكم إغفاله الرد عليه ".

(طعن رقم ٥ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٣/١٢/١)

مـــادة (٨٨)

تفقد الأموال العامة صفتها بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة.

وينتهى التخصيص بمقتضى قانون أو مرسوم ، أو بالفعل ، أو بانتهاء الغرض الذى من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة.

الشـــرح

١١٥ـ فقد الأموال العامة صفتها :

أساس ثبوت وصف المال العام للشيء هو تخصيصه للنفع العام كمـــا قدمنا ، فإذا زال هذا التخصيص ، ارتفع ذاك الوصف فمجرد انتهاء التخصيص للمنفعة العامة ، يفقد المال صفته العامة .

وإذا فقـــد المـــال صفته العامة ، عاد ملكا خاصا لصاحبه ، أى للدولـــة أو لغيرها من أشخاص القانون العام على حسب الأحوال . وهـــنا يصبح الشيء خاضعا للأحكام التى تسرى على أموال الدولة الخاصـــة ومن ثم كان يجوز تملكها بالتقادم قبل العمل بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ بتاريخ ١٩٥٧/٧/١٣ .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

١- " وضـــع الـــيد علـــى الأموال العامة- مهما طالت مدته – لايكســـب الملكية إلا إذا وقع بعد انتهاء تخصيصها للمنفعة العامة بمعـــنى أنه لجواز تملك الأموال العامة بالتقادم يجب أن يثبت أولا

انـــتهاء تخصيصـــها للمنفعة العامة ، إذ من تاريخ هذا الانتهاء فقط تدخـــل فـــى عداد الأملاك الخاصة فتأخذ حكمها ثم يثبت وضع اليد علـــيها بعد ذلك المدة الطويلة المكسبة للملكية بشرائطها القانونية. فإذا اعتبر الحكم المطعون فيه مجرد وضع يد المطعون ضدهم مدة تزيد على خمسة عشر عاما بغير اعتراض أو منازعة من الطاعن (الحكومـــة) هـــو الســـبب الذى أزال عن أرض النزاع تخصيصها للمـــنفعة العامة ورتب على ذلك اكتسابهم ملكيتها فإنه يكون مخطئا فى القانون " .

(طعن رقم ٢٨٤ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٤/٢١)

٢- " وضع اليد على الأموال العامة لايكسب الملكية إلا إذا وقع بعد إنهاء تخصيصها للمنفعة العامة ، إذ أنه من تاريخ هذا الانتهاء فقط تدخل فى عداد الأملاك الخاصة فتأخذ حكمها ثم يثبت بعد ذلك وضـــع اليد عليها المدة الطويلة المكسبة للملكية بشرائطها القانونية وذلـــك قـــبل تعديل المادة ٩٧٠ من القانون المدنى بمقتضى القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ " .

(طعن رقم ٥٠٩ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/١/١٤)

١١٦ـ كيفية انتهاء تخصيص المال للمنفعة العامة :

ينتهى تخصيص المال للمنفعة العامة، فيصبح مالاخاصا للشخص الاعتبارى، بنفس الطريقة التى يخصص بها للمنفعة العامة .

ولذلك نجد المادة تحدد طرق انتهاء التخصيص كالآتى :

١- بمقتضى قانون أو مرسوم (قرار جمهورى الآن) .

٢- بالفعل .

٣- بانتهاء الغرض الذى من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة .

وقد لاحظ البعض [١]- بحق - أنه وإن كان قد ورد بالمادة أن التخصيص ينتهى " بالفعل ، أو انتهاء الغرض الذى من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة " . إلا أن الصحيح أن الطريق الفعلى هو نفسه يكون بانتهاء الغرض الذى من أجله خصص الشيء للمنفعة العامة ، فلا يوجد إذن طريق ثالث .

فلا يوجد إلا طريقان هما : الطريق الرسمى والطريق الفعلى . وتكون لفظة " أو " السابقة على عبارة انتهاء الغرض إلخ) زائدة لا محل لها .

وتؤيد هذا النظر عبارات مذكرة المشروع التمهيدى التى لم يرد بها إلا طريقان لانتهاء التخصيص للمنفعة العامة هما الطريق الرسمى القانون أوالمرسوم (القرار الجمهورى) والطريق الفعلى ، فقد جاء بها :

---

(١) السنهورى ص ١٤١ ومابعدها .

" كمـــا أن تخصـــيص الأمـــوال للمنفعة العامة يكون بالفعل أو بمقتضـــى قانون أو مرسوم كذلك ينتهى التخصيص للمنفعة العامة بمقتضـــى قانون أو مرسوم أو بانقطاع استعمالها بالفعل الاستعمال الذى من أجله اعتبرت مخصصة للمنفعة العامة .... الخ " (١).

كما يـــؤيد الرأى المذكور قضاء محكمة النقض الصادر بتاريخ ١٩٨١/٦/٤، ١٩٨٤/٥/٨ ، ٢٠٠١/٤/١ (هذه الأحكام منشورة فى نهاية هذا البند) .

ونعرض فيما يلى لطريقى إنهاء التخصيص للمنفعة العامة .

الطريق الأول :

انتهاء التخصيص للمنفعة العامة بطريق رسمى :

كمـــا يخصـــص المال المملوك للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامـــة الأخرى ملكية خاصة بقانون أو بقرار جمهورى أو بقرار مـــن الوزير ، فإن هذا التخصيص ينتهى أيضا بطريق رسمى على النحو المذكور .

غـــير أنـــه لايشـــترط أن ينـــتهى التخصيص بذات الأداة التى خصـــص بهـــا المال للمنفعة العامة ، فيجوز إنهاء التخصيص بأداة أعلى من الأداة التى أجرت التخصيص . فإذا خصص المال للمنفعة العامة مثلا بقرار جمهورى يجوز إنهاء التخصيص بقانون.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ٤٨٤ .

كما يجوز إنهاء التخصيص فى هذه الصورة بطريق فعلى [1].

الطريق الثانى :

إنهاء التخصيص للمنفعة العامة بطريق فعلى :

قـــد ينتهى التخصيص للمنفعة العامة بطريق فعلى ، ويكون ذلك بأن ينتهى الغرض الذى من أجله خصص المال للمنفعة العامة، أى يـــنقطع بـــالفعل وعلـــى وجه مستمر استعمال المال لهذا الغرض وتـــزول معـــالم تخصيصه للمنفعة العامة بصورة واضحة لاتحتمل اللبس .

ويجـــوز إنهاء التخصيص بهذا الطريق ، ولو كان التخصيص ذاته قد تم بالطريق الرسمى .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الأموال العامة لاتفقد صفتها إلا بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامـــة ، وهـــذا الانـــتهاء مـــادام لم يصدر قانون أو قرار به فإنه لايـــتحقق إلا بانتهاء الغرض الذى من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة. بمعنى أن ينقطع بالفعل وعلى وجه مستمر استعمالها لهـــذا الغـــرض وتـــزول معالم تخصيصها للمنفعة العامة، وانتهاء الترخيص للمنفعة العامة يجب أن يكون واضحا لالبس فيه" .

(طعن رقم ١٧٠ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨١/٦/٤)

---

(١) السنهورى ص ١٤١ ومابعدها .

٢- النص فى المادة ٨٨ من القانون المدنى مؤداه أن الأموال العامة لاتفقد صفتها إلا بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة وهذا الانتهاء مادام لم يصدر به قانون أو قرار فإنه لايتحقق إلا بانتهاء الغرض الذى من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة وانتهاء التخصيص بالفعل يجب أن يكون واضحا لايحتمل لبسا" .

(طعن رقم ٤ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٤/٥/٨)

٣- " المقرر فى قضاء محكمة النقض أنه وإن كان إعمالا للمادة ٨٧ من القانون المدنى أن وضع اليد على الأموال العامة مهما طالت مدته لايكسب الملكية ، إلا أن النص فى المادة ٨٨ من ذات القانون على " تفقد الأموال العامة صفتها العامة بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة ، وينتهى التخصيص بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص أو بالفعل أو بانتهاء الغرض الذى من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة" يدل - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - على أن الأموال العامة تفقد صفتها بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة ، وهذا الانتهاء كما يثبت بصدور قانون أو قرار من الجهة المختصة فإنه يتحقق بانتهاء الغرض الذى من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة ، أى ينقطع بالفعل وعلى وجه مستمر استعمالها لهذا الغرض وتزول معالم تخصيصها للمنفعة العامة بصورة واضحة لاتحتمل اللبس ،

ومتى تحقق انتهاء التخصيص على هذا النحو فإن العقار الذى انتهى تخصيصه للنفع العام يدخل فى عداد الملك الخاص للدولة وبالتالى يجوز للأفراد اكتساب ملكيته بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية قبل نفاذ القانون ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ فى ١٩٥٧/٧/١٣ والذى أضاف لنص المادة ٩٧٠ من القانون المدنى حكما جديدا يقضى بعدم جواز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم " .

(طعن رقم ٤١١٤ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠١/٤/١ - لم ينشر بعد)

غير أنه يجب ألا يكون الانقطاع عن استعمال الشىء العام مبعثه مجرد التسامح من جانب الإدارة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" يجوز – سواء فى ظل القانون المدنى الملغى أو طبقا للمادة ٨٨ من القانون المدنى القائم – أن يفقد المال العام صفته هذه بانتهاء تخصيصه للمنفعة العامة بالفعل ، إلا أنه يتعين أن يكون التجريد الفعلى من جانب الحكومة واضحا كل الوضوح حتى لايتعطل المال العام عن أداء الخدمة التى رصد لها ، فلا ترفع الحصانة التى أسبغها القانون على الأموال العامة إلا بالنسبة لما يصبح منها فاقدا لهذه الصفة فقدانا تاما بطريقة مستمرة لا لبس فيها ولا انقطاع فما يحمل على محمل التسامح أو الإهمال من جانب

جهـــة الإدارة لايصـــلح سندا للقول بإنهاء تخصيص المال للمنفعة العامة التى رصد لها وزوال صفة العمومية على هذا الأساس" .

(ب)- " إن الحكـــم إذ دلـــل على ثبوت صفة المال العام للعين موضـــوع الـــنزاع بـــأن القناطر التى نزعت من أجلها ملكية تلك الأرض لازالـــت قائمة تؤدى وظيفتها وأنه لايمكن افتراض انقطاع التخصيص للمنفعة العامة لمجرد ترك الحكومة هذه الأرض خالية ، فإنه لايكون فاسد التدليل ذلك أنه متى كان الثابت فيما أورده الحكم المطعـــون فـــيه أن أرض النزاع هى من الأراضى التى خصصت للمـــنفعة العامـــة بمناســـبة إنشاء قناطر إسنا بموجب الأمر العالى الصـــادر فـــى ١٨ مـــن ديسمبر سنة ١٩٠٥ فإن مجرد ترك هذه الأرض خالـــية من المنشآت حتى أقام مورث الطاعنين عليها البناء لـــيس من شأنه أن يؤدى إلى القول بانتهاء الغرض الذى خصصت من أجله للمنفعة العامة لأن هذا الترك على ما حصله الحكم لايعدو أن يكـــون من قبيل التسامح الذى لايصلح سندا بذاته للقول بزوال صفة المنفعة العامة عن المال العام " .

(طعن رقم ٢٩٣ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٣/٧)

ولايعتـــبر سكوت الدولة أو الأشخاص الاعتبارية الأخرى عن إقامة الغير بناء على الملك العام مؤديا إلى زوال التخصيص .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" المقــرر وعلــى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن أراضى الآثار باعتبارها من الأموال العامة لايجوز تملكها بوضع اليد مهما طالــت مدتــه إلا إذا كــان وضــع اليد عليها قد حصل بعد انتهاء التخصيص للمنفعة العامة وفقداتها صفة المال العام فقدانا تاما وكان مجرد سكوت مصلحة الآثار عن إقامة الغير بناء فى أراضى الآثار لا يؤدى إلى زوال التخصيص " .

(طعن رقم ٤ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٤/٥/٨)

كمــا أن ترخـيص الإدارة لأحد الأفراد باستعمال الشىء العام بصفة مؤقتة ، لاينهى تخصيص المال العام طالما أن هذا الترخيص لايتعارض مع الغرض الذى خصص معه العقار للمنفعة العامة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لاتفقــد الأمــوال العامة صفتها إلا بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة. وهذا الانتهاء مادام لم يصدر قانون أو قرار به فإنه لايتحقق إلا بانــتهاء الغــرض الذى من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامــة بمعــنى أنه ينقطع بالفعل وعلى وجه مستمر استعمالها لهذا الغــرض وتــزول معــالم تخصيصــها للمــنفعة العامة . وانتهاء التخصــيص للمنفعة العامة بالفعل يجب أن يكون واضحا لايحتمل لبســا، ومــن ثم فمجرد سكوت الإدارة عن عمل يقوم به الغير فى

المال العام بدون موافقتها لايؤدى إلى زوال تخصيص هذا المال للمنفعة العامة – وترخيص السلطة الإدارية للأفراد بالانتفاع بالأملاك العامة ليس من شأنه أن يؤدى إلى زوال تخصيصها للمنفعة العامة مادام الانتفاع المرخص به لايتعارض مع الغرض الذى من أجله خصصت هذه الأموال للمنفعة العامة – وإذ كان ترخيص مصلحة الآثار للمطعون ضده بإشغال قطعة الأرض محل النزاع للسكن بصفة مؤقتة ليس فيه ما يتعارض مع الغرض الذى من أجله خصصت هذه الأرض للمنفعة العامة ، وهو التنقيب عن الآثار متى حظر هذا الترخيص على المرخص له إجراء حفر فيها، وكانت هذه الأرض بوصف أنها من أراضى الآثار المعتبرة من الأموال العامة التى لايجوز تملكها بوضع اليد مهما طالت مدته، فإن وضع اليد عليها لايمكن أن يؤدى بذاته إلى زوال تخصيصها للمنفعة العامة ولايصح تملك هذه الأموال بالتقادم المكسب الطويل المدة إلا إذا كان وضع اليد عليها قد حصل بعد انتهاء تخصصها للمنفعة العامة وفقدانها صفة المال العام فقدانا تاما على وجه مستمر غير منقطع".

(طعن رقم ٧٠ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/٦/٨)

١١٧ـ أمثلة لانتهاء التخصيص بطريق فعلى :

١– إهمال الدفن فى جبانة حتى اندثرت معالمها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أ) " إن القانون إذ أخرج الأملاك العامة من دائرة المعـاملات بنصه على عدم جواز تملكها بوضع اليد أو بيعها أو التصرف فيها إلا بقانون أو أمر إنما جعل هذه الحصانة لتلك الأموال طالما هـى مخصصة للمنفعة العامة . فإذا مازال هذا التخصيص لسـبب مـن الأسباب خرجت بذلك عن دائرة الأملاك العامة ودخلت فى عـداد الأملاك الخاصة فتأخذ حكمها ، ويصح إذن تملكها بوضع اليد المدة المكسبة للملك . وإذن فوضع اليد على أرض جبانة يكسب الملكيـة متى كان قد وقع بعد زوال تخصيص الجبانة للدفن واندثار معالمها وآثارها " .

(طعن رقم ١٧ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٣٩/١١/٢٣)

(ب) " لما كان الغرض الذى من أجلـه خصصـت الجبانـات للمنفعة العامة ليس بمقصور على الدفن وحده بل يشمل أيضا حفظ رفات الموتى وينبنى على ذلك أن الجبانات لاتفقد صفتها كمال عام بمجرد إبطال الدفن فيها وإنما بانتهاء تخصيصها للمنفعـة العامـة واندثار معالمها وآثارها كجبانة ومن تاريخ هذا الانتهاء فقط تـدخل فى عداد الأملاك الخاصة ، فإن الحكم المطعـون فيـه إذ اعتبـر أرض الجبانة قد فقدت صفتها كمال عام من تاريخ إبطال الدفن فيها وجعل هذا التاريخ بداية لجواز تملكها بوضع اليد فإنه يكـون قـد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٤٤٧ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٦/١٠)

٢- انهـــدام سور القاهرة القديم واندثار معالمه وفقد ما خصص له ووضع الناس أيديهم على أجزاء مختلفة منه وإدخالها فى منازلهم.

وفى هذا قضت محكمة النقض بـأن :

"إن الحصـــانة الـــتى أسـبغها القـــانون على الأملاك العامة إذ أخـــرجها مـــن دائرة المعاملات بما نص عليه من عدم جواز بيعها والتصـــرف فـــيها إلا بقـــانون أو أمـــر مناطها بقاء تلك الأملاك مخصصـــة للمـــنفعة العامة . فإذا مازال هذا التخصيص بسبب ما فإنها تدخل فى عداد الأملاك الخاصة وتأخذ حكمها من حيث إمكان تملكها بوضع اليد المدة المكسبة للملكية . ووضع اليد فى هذه الحالة لايكـــون متعارضـــا مـــع الحصانة المقررة للأملاك العامة إذ هو لايـــتهدد به منها إلا ما فقد بالفعل هذه الصفة فقدانا تاما على وجه مســـتمر غير منقطع . وإذن فسور مدينة القاهرة القديم لايعتبر الآن من المنافع العمومية بعد أن تهدم واندثرت معالمه وفقد ما خصص لـــه ، ثـــم وضع الناس أيديهم على أجزاء مختلفة منه وأدخلوها فى منازلهم " .

(طعن رقم ٦١ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٤٠/٣/٧)

٣- حفـــر الدولة خندقا لاستعماله فى أغراض الدفاع فى حرب معينة ، ثم انتهت الحرب .

٤- أن تصـــبح الأنهار أو النهيرات غير صـالحة للملاحة فيها، أو كـــأن يغير النهر مجراه ، فإن الأراضي التى تتخلف عنها المياه لاتبقى ضمن الأموال العامة [١].

---

(١) محمد كامل مرسى ص ١٨١ ومابعدها .

الرضـــاء :

مـــادة (٨٩)

يــتم العقــد بمجــرد أن يتــبادل طــرفان التعبير عن إرادتين متطابقتيــن، مــع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد .

الشـــــرح

دراســة تمهيديــة :

١١٨ـ مصـــادر الالتزام :

مصـــدر الالـــتزام هـــو السبب المنشئ له طبقا لقانون السببية . فالشيء لايوجد بغير سبب ، والالتزام لايوجد بغير مصدر .

ومصادر الالتزام التى ينص عليها القانون المدنى هى :

١- العقد .

٢- الإرادة المنفردة .

٣- العمل غير المشروع .

٤- الإثراء بلا سبب .

٥- القانون .

فالتزام البائع بتسليم المبيع للمشترى مصدره عقد البيع . والتزام من أعلن بإرادته عن جائزة يعطيها لمن يقوم بعمل معين ، مصدره الإرادة المـــنفردة لصاحب الإعلان . والتزام قائد السيارة بتعويض

المصاب فى حادث نشأ عن الخطأ فى قيادة هذه السيارة ، مصدره العمل غير المشروع . والتزام من تلقى مبلغا من النقود لاحق له فيه فى رد هذا المبلغ إلى صاحبه ، مصدره الإثراء بلا سبب . والتزام الزوج بالنفقة على زوجته مصدر القانون .

ويرى البعض أنه بجانب هذه المصادر الخمسة للالتزام ، يكون حكم القاضى فى بعض الحالات الخاصة مصدرا للالتزام ، وهى حالات تعديل العقد [1].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أوردت المادة ١٤٧/٩٣ من التقنين المدنى المصرى تقسيما لمصادر الالتزام ، إذ نصت على أن الالتزامات إما أن تكون ناشئة عن اتفاق أو عن فعل أو عن نص القانون . واختار التقنين المدنى الفرنسى التقسيم التقليدى ، الذى اتبعه بوتييه ، فنص فى المادة ١٣٧٠ على أن مصادر الالتزام هى العقد وشبه العقد والجنحة وشبه الجنحة والقانون . وقد وجه إلى هذا التقسيم فقد شديد، وانتهى الأمر أخيرا إلى تركه ، والواقع أن أحدث التقنينات ، ولاسيما ما كان منها جرمانى فى النزعة، لايورد فى النصوص تقسيما للمصادر . بل إن المشروع الفرنسى الإيطالى ذاته ، على شدة تأثره بالنزعة

---

(١) الدكتور سمير عبد السيد تناغو المبادئ الأساسية فى نظرية العقد وأحكام الالتزام منشأة المعارف بالاسكندرية ص ٧ .

اللاتينـــية ، انـــتهى إلى الإعراض عن كل تقسيم فقهى ونعى على التقســيم الـــذى اتــبعه التقنيـــن الفرنسى قصوره وفساده ومجانبته للمعقـــول. وقد برر واضعو المشروع الفرنسى الإيطالى إعراضهم عـــن كل تقسيم ، وبنذهم للأحكام الحالية الواردة فى المادة ١٣٧٠ مـــن التقنيـــن المدنـــى الفرنسى والمادة ١٠٩٧ من التقنين المدنى الإيطـــالى ، " بـــأن التقسيم الذى اتبعه هذان النصان أليق بأغراض التعلـــيم مـــنه بأغراض النصوص التشريعية " . واستطرد التقرير الخاص بالمشروع المتقدم ذكره قائلا : "والخلاصة أن الفقه بوسعه أن يجرى على التقسيم التقليدى ، أو أن يحل محله تقسيما أكثر اتفاقا مع المعقول . والنتيجة أن إسقاط التقسيم من المشروع قد أزال من النصـــوص عقـــبة تحـــول دون حـــرية اجـــتهاد الفقه فى الإبداء والتصوير" .

وقـــد رؤى مـــن الأنسب اقتفاء أثر المشروع الإيطالى الفرنسى وتقنيـــنات حديـــثة أخـــرى ، فلم يقتصر الأمر على الإعراض عن التقسيم البالى الذى اتبعه التقنين الفرنسى العتيق ، بل جاوز ذلك إلى العـــدول عـــن إقـــرار أى تقسيم رسمى فى النصوص ، وعلى هذا الـــنحو ، قنع المشروع بعرض مصادر الالتزام المختلفة ، دون أن يجهـــد فـــى ردها إلى أقسام جامعة شاملة فى نص خاص . فعمد ، نسجا على منوال أحدث التقنينات ، إلى البدء بأحكام العقد والإرادة

المنفردة ، ثم تناول العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب ، وانتهى بالالتزامات التى تنشأ مباشرة عن نص القانون " [١].

١١٩ـ تعريف العقد :

لم يعرف التقنين القديم العقد . إنما عرفه التقنين المدنى الفرنسى فى المادة ١١٠١ التى تقول إن: " العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر بإعطاء أو بعمل أو بالامتناع عن عمل " .

كذلك لم يعرف التقنين المدنى الجديد العقد ، وهذا مسلك سليم ، لأن التعريف مسألة فقهية يجب أن يترك أمرها للاجتهاد.

ويعرف الفقه فى مصر العقد بأنه توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانونى ، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه [٢].

وتبين من تعريف العقد أن قوامه أمران :

١- يجب أن يكون هناك توافق إرادتين . فكل طرف فى العقد تنعقد إرادته على أمر معين، لكن لابد من أن تتقابل إرادتا الطرفين، فهذا التقابل هو وحده الذى يكون العقد .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٣ هامش (١) ومابعدها .

(٢) الدكتور عبد المنعم الصده مصادر الالتزام ١٩٨٦ ص ٥٢ - سمير عبد السيد تناغو ص ٧ .

٢- يجــب أن تتجه إرادتا الطرفين فى توافقهما هذا إلى إحداث أثر قانونى . فاتفاق إرادتين على أمر لايكفى لقيام العقد مادام أنهما لــم تتجها إلى إنشاء رابطة قانونية . وهذه مسألة وقائع يؤخذ منها اتجــاه الإرادة إلــى الارتــباط أو عدم اتجاهها إلى ذلك فى ضوء الظروف والملابسات . فمثلا أعمال المجاملات لاتنشئ عقودا ، فلو أن شخصــا دعــا صديقا إلى وليمة فقبل الصديق الدعوة فلا يقوم بيــنهما عقــد فى هذه الحالة ، لأنهما لم يقصدا من هذا الاتفاق إلى إنشاء التزام قانونى .

وسنعرض لذلك تفصيلا فى موضعه .

١٢٠ـ العقد والاتفاق :

يذهب بعض الفقهاء إلى التفرقة بين الاتفاق والعقد ، فهم يرون أن الاتفــاق توافــق إرادتين أو أكثر على إنشاء الحق (كالبيع ينشئ حقوقــا للــبائع والمشترى ، وكالإيجار ينشئ حقوقا متبادلة للمؤجر والمســتأجر) ، أو علــى نقلــه (كما فى الحوالة) أو على تعديله (كالاتفــاق علــى تقسيط الدين أو مد أجل الوفاء به) أو على زواله (كالوفــاء يــنهى حــق الدائــن) . أما العقد فهم يرون فيه توافق الإرادتين الذى يستهدف الأمر الأول وحده ، وهو إنشاء الحق دون باقى الأمور ، وهى نقل الحق وتعديله وزواله .

وهكـــذا فالعقد فى نظر هؤلاء الفقهاء أخص وأضيق نطاقا من الاتفاق . فهو بالنسبة إليه بعض من كل أو نوع من جنس.

ولمـــا لـــم تكن لهذه التفرقة أهمية عملية[1] فقد جرى جمهور الفقهـــاء علـــى عـــدم التميـــيز بين الاتفاق والعقد ، واعتبروا العقد والاتفـــاق مترادفين . وكذلك فعلت التقنينات ، فهى تعبر بالواحد أو الآخر[2].

وقـــد تضمن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى تعريفا للعقد فى المادة ١٢٢ منه التى تقول : " العقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر علـــى إنشـــاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها ". وهذا التعريف لايفـــرق بيـــن العقـــد والاتفـــاق ، وهو تعريف المشروع الفرنسى الإيطالى فى المادة الأولى منه .

---

(١) ويـــرى أنصار هذا الرأى أن التمييز بين العقد والاتفاق له أهمية عملية، تظهر بصفة خاصة من حيث الأهلية ، فالأهلية اللازمة للعقد . أى أهلية إنشاء الالتزام ، غير الأهلية اللازمة للاتفاق . لكن من السهل الرد على ذلـــك ، فاختلاف الأهلية لايرجع إلى المقصود من العقد ، إنشاء الالتزام أو نقلـــه .. الخ . وإنما المرجع فى ذلك إلى طبيعة التصرف وخطورته (الدكـــتور أحمـــد حشـــمت أبو ستيت نظرية الإلتزام فى القانون المدنى الكتاب الأول مصادر الالتزام الطبعة الثانية ١٩٥٤ ص ٣٨ هامش (١)).

(٢) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى نظرية العقد والإرادة المنفردة ١٩٨٤ ص ٣٦- أحمد حشمت أبو ستيت ص ٣٨ - عبد المنعم الصده ص ٥١.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أن إيراد هذا التعريف قصد منه إلى نفى كل تفرقة بين العقد والاتفاق وجعلهما شيئا واحدا ثم حذف هذا التعريف ، لاعدولا عن نفى هذه التفرقة ، بل تجنبا للتعريفات التى تعتبر مجرد عمل فقهى (١).

١٢١ـ مجال العقد :

يراد بتحديد بتحديد مجال العقد ، بيان النطاق الذى يعتبر فيه الاتفاق فيه منشئا لعقد يخضع للقواعد العامة الواردة فى التقنين المدنى فى شأن الالتزامات والعقود . فلا يكفى لقيام عقد بهذا المعنى أن يوجد اتفاق بين الطرفين على إحداث أثر قانونى ، بل

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٩ ومابعدها – ويذهب الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٧ إلى أنه : " .. وكذلك يسير العمل عندنا على إهدار التفرقة بين العقد والاتفاق ، باعتبارها قائمة على اختلاف الأثر القانونى المترتب على كل منهما ، وإن أخذ يسير على شيء من التفرقة بينهما على أساس آخر ، قوامه التمييز بين العقود الأساسية التقليدية الهامة كالبيع والإيجار والوكالة والشركة ، حيث جرت عادة الناس على أن يطلقوا عليها اصطلاح " العقد" ، وبين العقود الأخرى كعقد إصلاح سيارة أو ترميم منزل وغيرهما من العقود غير المسماة ، والتى يغلب أن يطلق عليها الناس اصطلاح " الاتفاق" .
بيد أن هذا الاتفاق فى العمل لم يتبلور بعد. وآية ذلك أن كثيرا من الناس، حتى القانونيين منهم ، يطلقون على الصنف الثانى من العقود التى بيناها عبارة " عقد اتفاق " وهى عبارة معيبة فى الحقيقة ، حيث إنها تجمع بين مترادفين ، يغنى أحدهما تماما عن الآخر ".

يجـب فوق ذلك أن يتم هذا الاتفاق فى شأن معاملة مالية تدخل فى حوزة القانون الخاص .

فلا تعتبر عقودا بالمعنى المقصود فى هذا المقام الاتفاقات التى تقـع فـى نطـاق القانون العام . فالاتفاق بين دولة ودولة يخضع للقانون الدولى والاتفاقات التى تبرم بين الدولة بوصفها سلطة عامة والأشـخاص الخاضـعين لهذه السلطة، وهى التى يقال لها العقود الإداريـة ، كـتولى الوظائف العامة والتزام المرافق العامة تحكمها قواعد القانون الإدارى [١].

ويلاحـظ بهـذه المناسبة فيما يتعلق بالعقود التى تبرمها الإدارة أمـران : الأول ، أن الوسـائل الفنـية للقـانون الخاص فى مادة الالـتزامات كان لها أثرها على مبادئ القانون الإدارى، ولذلك فإن القواعـد المدنية الخاصة بالعقد لها مكانها الذى لاينكر بين القواعد الـتى يطـبقها القضاء الإدارى على العقود الإدارية إنما تفسح هذه القواعـد المدنية الطريق عند اللزوم للقواعد التى يقتضيها الصالح العام . من ذلك أنه فيما يتعلق بالتزام المرفق العام يجب أن تراعى القواعـد التى تقتضيها طبيعة المرفق وضرورة استمراره وضمان حسـن سـير العمـل فـيه. وهذه الاعتبارات نفسها ، فضلا عن

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٥٤ – عبد الفتاح عبد الباقى ص٤٩ ومابعدها.

اعتبارات العدالة ، هى التى جعلت القضاء الإدارى فى فرنسا يأخذ بنظرية الحوادث الطارئة فى هذا الخصوص .

والأمـــر الثانى أن هناك عقودا تبرمها الإدارة بوصفها شخصا اعتباريا عاديا ، شأنها فى ذلك شأن الأفراد، كعقد إيجار يتعلق بمال من أموال الدولة الخاصة ، وفى هذه الحالة نكون بصدد عقد مدنى بالمعنى الذى نقصده [١].

ولـــم يقـــف الأمر عند قصر نطاق العقد على علاقات القانون الخاص دون القانون العام ، بل إن بعض الفقهاء قالوا بالتضييق من هـــذا الـــنطاق فـــى مجـــال القانون الخاص نفسه ، فاستبعدوا منه الاتفاقات التى تكون متعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والتبنى فى الشـــرائع الـــتى تجيزه . بمقولة إن الزواج مثلا وإن كان اتفاقا بين الزوجين فإنه ليس عقدا، لأن القانون – وليست الإرادة – هو الذى يرتب آثاره . وهذا يكفى لإخراج الزواج ونحوه من دائرة العقد[٢].

ويـــرى غالبـــية الفقه أن هذا التعليل محل نظر ، إذ أن سلطان الإرادة معيـــنة بحـــدود النظام العام التى يفرضها الشارع بنصوص آمرة ، وليس من تدخل الشارع على هذا النحو أن يغير من طبيعة التصـــرف ، ولو صح هذا التعليل لزال وصف العقد عن كثير من

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٥٤ ومابعدها .
(٢) محمد حشمت أبو ستيت ص ٣٩ ومابعدها .

العقود المدنية التى يتدخل فيها الشارع اليوم على نطاق واسع كعقد العمل وعقد الإيجار. فالتعليل الصحيح لذلك هو أن هذه الاتفاقات ليس من شأنها أن تنشئ روابط يكون الأداء محل التزام فيها ذا قيمة مالية ، والمعلوم أن خاصة الالتزام بالمعنى المقصود فى هذه الدراسة أن يكون الأداء فيه ماليا ، ولذلك ينتفى وصف الالتزام عن الواجبات القانونية التى تقوم بين أفراد الأسرة [١].

بل إن الأمر لم يقف عند ما سبق . فأخذ بعض الفقهاء يعمدون إلى التضييق من دائرة العقد حتى فى مجال الأحوال العينية أو المعاملات المالية نفسها . وقد تعددت فى ذلك الأساليب . فمن قائل بأن الاتفاق الذى يعتبر عقدا هو ذاك الذى تسوده المساواة بين طرفيه ، بالنسبة إلى إبرامه ، بمعنى أن يكون لكل منهما أن يناقش شروط الطرف الآخر . أما إذا لم تتوافر تلك المساواة ، وكان لأحد الطرفين أن يملى شروط العقد . ولايكون للآخر إلا أن يقبلها أو لايقبلها دون مناقشتها ، فإننا لانكون بصدد عقد . وواضح أن هذا النظر يبعد عقود الإذعان عن نطاق العقد . وقيل أيضا بأن الاتفاق لايعتبر عقدا ، إلا إذا قام على تنظيم مصالح متعارضة ، كما هى الحال فى البيع والإيجار ، حيث تتعارض مصالح كل من البائع

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٥٥ .

والمشـــترى أو المؤجر والمستأجر . أما إذا قام الاتفاق على تنظيم مصالح متوافقة ، كما هى الحال فى الشركة ، فلا تعتبر عقدا .

ولكن هذا النظر لم يؤخذ به فى فقه القانون الخاص ، لأن فكرة العقـــد تتسع لكل هذه الصور، ولأن مثل هذه الشروط غير مطلوبة قانونا لقيام العقد [١].

تقسيمـــات العقـــود :

١٢٢ـ أهمية التقسيم :

تقسيم العقود مسألة لها أهميتها ، إذ لايخفى أن العقود بسبب ما لـــلإرادة مـــن سلطان ، قد تكاثرت ومازالت تتكاثر بحيث بات من غـــير الممكن محاولة حصرها . وإذا لم يكن ذلك ممكنا فلا أقل من محاولة تقسيمها إلى طوائف ، حتى يسهل تعرف القواعد التى يمكن أن تنطبق على كل طائفة منها .

وتقســـيم العقود من عمل الفقيه لا من عمل المشرع ، ولذا نجد التقنينات لا تعرض للتقسيم ، ولا يكاد يشذ عنها فى هذا إلا القانون الفرنســـى الـــذى أشار إلى تقسيمات أربعة (راجع المواد ١١٠٢-١١٠٧) فى حين أن التقسيمات كثيرة لاتكاد تنفذ ، وما علينا إلا أن نغير الناحية التى ننظر منها إليها حتى نقع على تقسيم جديد للعقود. فمـــثلا مـــن حيث تنظيم المشرع لبعض العقود دون البعض الآخر

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٧٦- أحمد حشمت أبو ستيت ص ٤٠ .

تنقسم إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة . ومن حيث التكوين تنقسم إلى عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية ، ومن حيث الأثر إلى عقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد ، وإلى عقود معاوضة وعقود تبرع ، وتنقسم من حيث إمكان تحديد مدى التزام كل من المتعاقدين وعدمه إلى عقود محددة وعقود احتمالية (أو عقود غرر) ، ومن حيث النظر إلى المدة وهل هى عنصر أساسى فى تنفيذ الالتزام أو لا إلى عقود فورية وعقود ممتدة (أو عقود مدة) ، ومن حيث موقف الطرفين من بعضهما إلى عقود ممارسة وعقود إذعان ، ومن حيث موضوعها إلى عقود مدنية وعقود تجارية ، ومن حيث استقلالها وعدمه إلى عقود أصلية وعقود تبعية ، ومن حيث اقتصارها على عقد واحد أو أنها مزيج من جملة عقود إلى عقود بسيطة وعقود مختلطة ... الخ .

وسيقتصر عرضنا هنا على أهم هذه التقسيمات .

١٢٣ـ أولاً : عقود مسماة وعقود غير مسماة :

(أ) العقد المسمى :

العقد المسمى هو العقد الذى نظمه الشارع وخصه باسم معين ، وذلك نظرا لشيوعه بين الناس ذلك أن العقود التى يمكن الاتفاق عليها تحت مبدأ سلطان الإرادة لاتقع تحت حصر ، والحياة تأتى كل يوم منها بجديد ، ولهذا فإن الشارع لايسعه أن يحيط بالتنظيم

الملائـم لكل منها ، وإنما هو ينظم فحسب أكثر هذه العقود تداولا وشيوعا . وهذه هى العقود المسماة .

والعقود المسماة وفقا للتقسيم الذى أخذ به التقنين المدنى كالآتى:

١- **عقود تقع على الملكية** : وهى البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح ، وقد عالجها الشارع فى الباب الأول من الكتاب الخاص بتلك العقود .

٢- **عقود ترد على الانتفاع بالشىء** : وهى الإيجار والعارية، وقد عولجت فى الباب الثانى .

٣- **عقود ترد على العمل** : وهى المقاولة والتزام المرافق العامة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسة ، وقد عولجت فى الباب الثالث .

٤- **عقود الغرر** : وهى المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين . وقد عولجت فى الباب الرابع .

٥- **الكفالة** : وهى إحدى عقود الضمان ، تناولها الشارع فى الباب الخامس .

٦- **عقود الرهن الرسمى والرهن الحيازى** : وقد عولجا فى الكتاب الخاص بالحقوق العينية التبعية [١].

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٥٨ .

(ب) العقد غير المسمى :

العقد غير المسمى ، هو العقد الذى لم ينظمه الشارع وبالتالى لم يطلق عليه تسمية معينة .

وهــذه العقود لم ينظمها الشارع إم لأنها لم تكن معروفة وقت صــدور التقنين أو لأنها لم تكن شائعة ولم تبلغ فى أهميتها الدرجة التى تستحق معها مثل هذا التنظيم .

ومــن أمــثلة العقــود غير المسماة : عقد النشر الذى يتم بين المؤلــف والناشــر. وعقد التوريد ، وعقد النزول فى فندق واتفاق إدارة مستشــفى مع كلية الطب على أن تضع الأولى تحت تصرف الثانــية عددا من الأسرة للدراسة الطبية ، واتفاق شخص مع آخر على أن يثبت له ميراثا يستحقه، والعقد بين النظارة وإدارة المسرح أو السينما .

ويلاحــظ بهذه المناسبة أن القانون الجديد نظم عقودا لم ينظمها القــانون القديم ، كعقود الغرر وعقد التزام المرافق العامة ، كما أنه عــالج اقتضــاب القــانون القديم فى تنظيمه لعقود العمل والمقاولة والحراسة .

(ج) أهمية التقسيم :

تظهــر أهمــية هذا التقسيم فى تحديد القواعد التى تحكم العقد . فــإذا كان القاضى ينظر نزاعا يتعلق بعقد مسمى ، وجب عليه أن

يتبين الحل أولا فى الأحكام التفصيلية الواردة فى شأن هذا العقد فى الفصل الخاص به ، فإذا لم يجد ففى القواعد العامة التى تنطبق على سائر العقود ، وهى الواردة فى كتاب الالتزامات . فإذا تعذر عليه أن يستخلص الحل من هذه القواعد لجأ إلى العقود الأخرى فيما لايتعارض مع ما هو منصوص عليه من أحكام خاصة لهذا العقد. فيأخذ بها بطريق القياس .

أما إذا تعلق النزاع بعقد غير مسمى فعليه أن يستقصى الحل أولا فى القواعد العامة للالتزامات ، فإذا تعذر هذا أمكن الالتجاء إلى القواعد الخاصة بأقرب العقود المسماة من طريق القياس .

والفرض فى كل هذا أن ليس هناك اتفاق أو عرف ، فإن وجد هذا أو ذاك كان هو واجب الاتباع .

وكان المشروع التمهيدى يشتمل على مادة تتضمن هذا الحل ، هى المادة ١٢٣ منه التى تقضى بأن :

" ١- تسرى على العقود ، المسماة وغير المسماة، القواعد العامة التى يشتمل عليها هذا الفصل .

٢- أما القواعد التى ينفرد بها بعض العقود المدنية فتقررها الأحكام الواردة فى الفصول المعقودة لها وتقرر قوانين التجارة القواعد الخاصة بالعقود التجارية " .

وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أخذ هذا النص عن المادة ٩ من المشروع الفرنسى الإيطالى. وليس يقصد به إلى ترك يد الفقه والقضاء طليقة فى تمييز أنواع أو أنمـاط مخـتلفة مـن العقود فحسب ، بل أريد به ، بوجه خاص ، تقرير المبدأ الأساسى الذى يقضى بأن القواعد المتعلقة بالعقود بوجه عام ، تسرى على العقود المسماة كالبيع والإجارة والشركة . وغنى عن البيان ، أن بعض الأحكام الخاصة بهذه العقود قد ينطوى على استثناء من القواعد العامة . ولكن الأصل هو تطبيق القواعد العامة على العقود جميعا ، دون تفريق بين العقود المسماة وغير المسماة ، مـا لـم يرد نص خاص بشأن الاستثناء . وقصد المشروع إغفال تقسيمات العقود التى توجد فى أكثر التقنينات اللاتينية النزعة ، لأن العـناية بهـا من شأن الفقه . ولذا رؤى من الأحوط أن تهمل فى النصوص التشريعية " – إلا أنه اقترح فى لجنة المراجعة حذف هذه المادة لعدم الحاجة إليها فوافقت اللجنة على ذلك [١].

١٢٤ـ ثانيا : عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية :

(أ) العقد الرضائى :

العقـد الرضـائى ، هو العقد الذى تكفى الإرادة لانعقاده ، فلا يشـترط لانعقاده أى شكل خاص. وهذه هى القاعدة العامة بالنسبة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ١١ الهامش .

لانعقـاد العقد فى القانون المصرى . وينص المشرع على ذلك فى المـادة ٨٩ كمـا رأيـنا . وهو نص يقرر مبدأ الرضائية ويجعل الخروج على هذا المبدأ استثناء من القاعدة العامة [١].

(ب) العقد الشكلى :

العقـد الشـكلى ، هو العقد الذى لايكفى التراضى لانعقاده، بل يجب بالإضافة إلى التراضى إفراغه فى شكل معين يحدده القانون. ومثال ذلك الهبة والرهن الرسمى وبيع السفينة .

والشـكل الذى يتطلبه القانون لقيام العقود الشكلية ليس واحدا . فهـو يـتدرج مـا بين الورقة الرسمية والكتابة العرفية ففى بعض العقـود ، يسـتلزم القانون الرسمية لانعقادها ، كما هى الحال فى الهـبة والرهـن الرسمى وبيع السفينة . وفى البعض الآخر يكتفى القانون بكتابة محرر ولو كان عرفيا. كما هى الحال فى عقد الشركة المدنية (م٥٠٧ مدنى) ، وعقد إنشاء ملكية الأسرة (م٨٥١ مدنى) .

والقـانون هو الذى يحدد العقود الشكلية ، والشكل المتطلب فى كل عقد . ولايسوغ القياس على ما يقرره منها ، لأن العقود الشكلية استثناء ، والاستثناء لا يتوسع فى تفسيره ولايقاس عليه .

وإذا تطلـب القانون شكلية معينة لانعقاد عقد معلوم ، كالهبة أو الرهن الرسمى مثلا. فإن نفس الشكلية تلزم فى عقد التوكيل فى إبرام

---

(١) سمير عبد السيد تناغو ص ١٤- عبد الفتاح عبد الباقى ص ٥٩.

هذا العقد (المادة ٧٠٠ مدنى) . كما أن الشكلية المتطلبة لانعقاد العقد تلزم أيضا لقيام عقد الوعد بإبرامه (م١٠١/٢ مدنى) ، وفى إجازته وإقراره وتعديله .

ويجوز للمتعاقدين فى حالة بذاتها ، أن يتفقا على أن يكون عقد رضائى بطبيعته كعقد البيع عقدا شكليا ، كما إذا اتفقا على أن البيع الـــذى يرفعان إبرامه لاينعقد إلا إذا تم فى الشكل الرسمى أو تم فى محـــرر مكتوب فهنا يعتد بإرادة المتعاقدين ، ولايعتبر للعقد قيام إلا إذا جـــاء فى الشكل الذى رسمته . وذلك ما لم يتفق العاقدان على عـــدم الاعتداد بالشكل الذى تطلبته الإرادة . فرضائية العقود حيث يقـــررها القـــانون لاتعتبر من النظام العام، ومن تم يسوغ الاتفاق على ما يخالفها [١].

(ج) التمييــز بــين الشــكلية وطــريقة الشــهر وطــريقة الإثبات :

إذا اســتلزم القانون شكلا معينا فى التصرف فإن هذا التصرف لاينعقد إلا باستيفاء هذا الشكل ، فيكون الشكل شرط انعقاد للتصرف وكذلك الحال إذا اشترط المتعاقدان فى تصرفهما رغم كونه رضائيا ألا ينعقد إلا باستيفاء شكل معين .

---

(١) الأستاذ حلمى بهجت بدوى أصول الالتزامات – الكتاب الأول فى نظرية العقد ١٣٦٢ هـــ – ١٩٤٣م ص ٥٢ ومابعدها – عبد الفتاح عبد الباقى ص ٥٩ ومابعدها .

أما إذا تطلب القانون كتابة لإثبات التصرف فإن عدم توفر هذه الكتابة لا أثر له على وجود التصرف قانونا، إذ يمكن إثبات هذا التصرف بالإقرار أو اليمين .

أما إذا تطلب القانون شهر تصرف معين كتسجيل التصرفات التى تتعلق بحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية ، وبعض الحقوق الشخصية التى ورد النص عليها أو تطلب القيد بالنسبة للتصرفات التى تتعلق بحق من الحقوق العينية العقارية التبعية . فلا شأن لهذين الإجراءين بانعقاد التصرف ففى الحالة الأولى إذا لم يتم الشهر فإن التصرف ينعقد ولكن تتعطل بعض آثاره وهى عدم انتقال الملكية سواء فيما بين المتعاقدين أم بالنسبة للغير .

وفى المثل الثانى ينعقد الرهن وينتج آثاره، فيما بين المتعاقدين، ولكن لايسرى فى حق الغير إلا بتمام القيد.

ويلاحظ أن الرسمية لاتغنى عن الشهر، وكذلك العكس ، فالرهن الرسمى لاينعقد إلا بكتابة رسمية ، ولابد مع ذلك فضلا عن هذه الكتابة الرسمية ، من قيده كى يسرى فى حق الغير . وبيع العقار إذا اتفق على أن يكون بكتابة رسمية فإن شهره لايغنى عن هذه الكتابة الرسمية ، بل لابد من استيفاء الإجراءين[1].

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٦١ ومابعدها .

(د) العقد العينى :

العقد العينى هو العقد الذى يلزم لانعقاده بالإضافة إلى تراضى الطرفين ، تسليم الشىء الذى يرد عليه .

وقد أخذ التقنين المدنى القديم عن التقنين المدنى الفرنسى ، زيادة على هبة المنقول ، أربعة عقود عينية أخرى ، هى القرض والعارية والوديعة ورهن الحيازة .

وكانت هذه العقود الأربعة مأخوذة عن القانون الرومانى حيث لاتنعقد إلا بالتسليم واعتبارها كذلك كان يتسق مع الوضع السائد فى هذا القانون ، إذ كانت الشكلية هى القاعدة ، ولما تطور الوضع ظهرت هذه العقود العينية .

فكانت كفاية التسليم لانعقادها تخفف من حدة الشكلية السائدة حينئذ ، ولم يسلم بالرضائية إلا بالنسبة إلى عدد قليل من العقود كما هو معروف . أما اليوم فالرضائية هى القاعدة ، وبذلك لم يعد هناك مبرر للقول بعينية هذه العقود. لاسيما وأن الوعد بأحد هذه العقود، كالرهن الحيازى مثلا ، لم يكن مجردا من كل قيمة كما كان الحل فى القانون الرومانى . إذ كان يعتبر هذا الوعد فى القانون القديم، كما هو فى القانون الفرنسى ، عقدا رضائيا ينشئ على عاتق الواعد التزاما بإتمام العقد ، ومقتضى هذا وجوب التسليم اختيارا أو جبرا، وبذلك نصل إلى العقد العينى بجميع آثاره .

ولم يأخذ التقنين المدنى الجديد بالعينية فى العقود إلا فى عقد هبة المنقول (م٤٨٨ مدنى) وهى التى يقال لها الهبة اليدوية . فهذه الهبة إذا لم تتم تحت ستار عقد آخر تكون بورقة رسمية ، وفى هذه الحالـة تكون عقدا شكليا . ويجوز أن تتم بالقبض ، دون حاجة إلى ورقة رسمية ، وحينئذ فقط تكون عقدا عينيا [١].

ويستطيع الطرفان أن يتفقا على أن يجعلا من عقد رضائى عقدا عينـيا لايتم إلا بتسليم المحل المعقود عليه أو بتنفيذ شطر من التزام أحد الطرفين . وهذا ما يحصل أحيانا فى عقد التأمين حيث يشترط ألا يتم العقد إلا بعد أن يدفع المؤمن له القسط الأول .

١٢٥ـ العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد:

(أ) تعريـف :

العقد الملزم للجانبين أو التبادلى هو الذى ينشئ التزامات قبل كل مـن المتعاقدين . فالتزامات العقد إذن تلزم كلا طرفيها على سبيل الـتقابل فكل منهما دائن للآخر ومدين له. ومثال ذلك عقد البيع حيث ينشـئ التزامات على البائع لصالح المشترى (الالتزام بالعمل على نقـل الملكية والالتزام بالتسليم والالتزام بالضمان) ، وأخرى على المشـترى لصالح البائع (الالتزام بدفع الثمن وبتسلم المبيع) ، وعقد

---

(١) عـبد المـنعم الصـده ص٦٣ومابعدها – عبد الفتاح عبد الباقى ص٦٣ ومابعدها .

الإيجـــار حيث ينشئ التزامات على المؤجر (الالتزام بتسليم العين المؤجــرة والالــتزام بصـــيانتها والالتزام بالضمان) وأخرى على المستأجر (الالتزام بدفع الأجرة والقيام برعاية العين والالتزام برد العين عند انتهاء الإيجار) .

أما العقود الملزمة لجانب واحد، فهى تلك التى ترتب الالتزامات فـــى ذمـــة أحد طرفيها دون الآخر . فيكون هذا الطرف مدينا غير دائـــن ، فـــى حين أن الطرف الآخر يكون دائنا غير مدين . ومثال هــذه العقــود الهــبة بغير عوض حيث تر تب على الواهب لصالح الموهوب له الالتزام بنقل ملكية الشىء الموهوب والالتزام بتسليمه ، فى حين أن الموهوب له لايتحمل فى العادة بأى التزام ومثاله أيضا الكفالة[١] .

وعلـــى النقـــيض من ذلك نجد أن من العقود ما يمكن أن يكون ملـــزما لجانـــب واحـــد كما يمكن أن يكون ملزما للجانبين ، وذلك حسب اتفاق المتعاقدين . مثال ذلك عقد الوديعة الذى يمكن أن يكون ملزما للجانبين وإن كان الأصل أنه ملزم لجانب واحد . فحيث يتفق المـــتعاقدان على أن الوديعة تكون بأجر يلتزم به المودع فى مقابل الـــتزام المودع لديه بالمحافظة على الشىء المودع لديه ، فإن عقد الوديعـــة يصـــبح عقدا ملزما للجانبين . أما حيث لايتفق المتعاقدان

---

(١) عـــبد الفتاح عبد الباقى ص ٦٩ ومابعدها – الدكتور جلال على العدوى أصول المعاملات ١٩٦٧ ص ٨١ .

على أن الوديعة تكون بأجر ، فإن عقد الوديعة يكون عقدا ملزما لجانب واحد . ذلك أنه بينما يقع على المودع لديه التزام بتسلم الشيء والمحافظة عليه ورده بالحالة التى كان عليها للمودع . فإن هذا المودع لايقع عليه أى التزام فى مقابل تلك الالتزامات التى تقع على المودع لديه . صحيح أنه إذا أنفق المودع لديه على الشيء المودع مصروفات تقتضيها المحافظة عليه كان المودع ملزما بأن يرد إليه هذه المصروفات. وهذا الالتزام ينشأ من عقد الوديعة ذاته، ففى هذه الأحوال تكون الوديعة عقدا ملزما للجانبين (أنظر المجلد الثامن بند ٣ – ثالثا) [١].

(ب) أهمية التفرقة :

١- فى العقد الملزم للجانبين يوجد ترابط بين التزامات كل طرف من طرفى العقد . ويترتب على ذلك أنه إذا لم يقم أحد الطرفين بتنفيذ التزاماته جاز للطرف الآخر أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته وأن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ، كما يجوز له أن يطلب فسخ العقد . أما فى العقود الملزمة لجانب واحد فلا محل لطلب الفسخ من الطرف الذى لم يلتزم بشيء أو تمسكه بعدم التنفيذ ، لأنه لايتحمل بأى التزام حتى يتحلل منه بالفسخ أو يتمسك بعدم تنفيذه .

---

(١) وراجع أيضا فى هذا المجلد رأيا يذهب إلى أن الالتزام بأداء هذه المصروفات لايغير من طبيعة العقد .

٢- فــى العقــود الملــزمة للجانبيــن تعتبر التزامات كل من المتعاقدين هى سبب التزامات المتعاقد الآخر طبقا للنظرية التقليدية فــى السبب . أما فى العقود الملزمة لجانب واحد فإن سبب الالتزام الــذى يقع على أحد الطرفين لايمكن أن يكون التزام الطرف الآخر لأنه ليست هناك التزامات مقابلة .

٣- فــى العقــود الملزمة للجانبين إذا استحال تنفيذ التزام أحد الطرفين فإنه ينقضى، وينقضى التزام المتعاقد الآخر ، وينفسخ العقد وهذا غير متصور بالنسبة للعقود الملزمة لجانب واحد [1].

١٢٦ـ رابعا : عقود المعاوضة وعقود التبرع :

(أ) عقد المعاوضة :

عقد المعاوضة هو العقد الذى يأخذ فيه العاقد مقابلا لما يعطى. فالبــيع معاوضــة بالنسبة للمشترى والبائع ، والقرض بفائدة كذلك معاوضــة بالنســبة للمقرض (إذ يحصل على الفائدة مقابل إعطاء الشــىء لأجل) والمقترض (إذ يأخذ الشىء لأجل فى مقابل الفائدة التى يدفعها).

وعقد الكفالة معاوضة بالنسبة إلى الدائن لأنه يأخذ الكفالةفى مقابل دينه، أما بالنسبة لطرف العقد الآخر، وهو الكفيل ، فقد يكون العقد معاوضة إذا أخذ عن كفالته أجرا ، وتبرعا إذا لم يأخذ أجرا عنها .

---

(١) سمير تناغو ص ١٥- جلال العدوى ص ٨٢ ومابعدها .

ومما تقدم يتضح أن العقد قد يعتبر معاوضة من ناحية وتبرعا من ناحية أخرى ، إذ الكفالة معاوضة بالنسبة للدائن وقد تكون تبرعا إذا لم يأخذ الكفيل عنها أجرا [(١)].

(ب) عقد التبرع :

عقد التبرع هو العقد الذى لايأخذ فيه العاقد مقابلا لما يعطى ، ومثاله عقد الهبة وعقد العارية ، وعقود القرض والوديعة والكفالة والوكالة إذا كانت بغير أجر . ولكن ليس هناك ارتباط بين تقسيم العقد إلى معاوضة وتبرع وتقسيمه إلى عقد ملزم للجانبين وعقد ملزم لجانب واحد . صحيح أن أغلب المعاوضات عقود ملزمة للجانبين وأغلب التبرعات عقود ملزمة لجانب واحد . ولكن ليس هناك تلازم بين التقسيمين ، فقد يكون العقد الملزم للجانبين تبرعا ، كما فى الهبة بعوض والعارية . وقد يكون العقد الملزم لجانب واحد معاوضة ، كما فى الكفالة إذا أخذ الكفيل أجرا من المدين .

(ج) تقسيم فرعى لعقود التبرع :

يجب التمييز فى التبرعات بين الهبات وعقود التفضل . فالتبرع يكون هبة إذا خرج المتبرع عن ملكية مال من أمواله (أو عن أى حق عينى) كما هو الحال فى عقد الهبة . ويكون التبرع عقد تفضل إذا كان ما يقدمه المتبرع للمتبرع له منفعة أو خدمة دون أن

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٦٢ ومابعدها .

يخرج شيء من ماله ، كما هو الشأن في العارية والوديعة والكفالة. وإذا كان كل من العقدين يعتبر تبرعا تسرى عليه أحكـام التبـرع الموضوعية ، إلا أنه لاشك في أن الهبة أشد خطرا على المتبـرع من عقود التفضل ، وهذا ما دعا المشرع إلى أن يحيط الهبـة دون عقد التفضل بالشكلية ، فيستلزم لانعقادها الرسمية [(١)].

(د) دقة التمييز بين عقد المعاوضة وعقد التبرع :

ليس التمييز بين المعاوضة والتبرع سهلا في جميع الأحـوال، وهو بعد مسألة موضوعية لا رقابة لمحكمة النقض علـى قاضـى الموضوع فيها ، مادام أنه قد استند في قضائه إلى دليل ينتجه عقلا. والقاضي في تقديره إنما يستعين بمعيارين : معيار نفسي ومعيـار اقتصادي . فالمعيار النفسي يتلخص في توافر نية التبرع وعدمـه . فلكي يعتبر العقد تبرعا يجب أن يكون قد صدر عـن نيـة تبـرع خالصة مجردة عن الغرض الذاتي ، وإن وجد مقابـل وإلا فالعقـد عقد معاوضة ولو اتخذ شكل التبرع أو وصف به . ولذا فلا يعتبـر إعطاء الحكومة أراضيها البور هبـة بـل معاوضـة ، ذلـك لأن الحكومة قصدت من وراء إعطائها إلى إحياء الأرض الموات حتى تفرض عليها الضرائب .

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٦٨ – أحمد حشمت أبو ستيت ص ٦٤ ومابعدها.

أمـــا المعيار الاقتصادى فيقتضى الموازنة بين ما يقدمه كل من المتعاقديـــن ، فـــإذا اشـــترط الواهـــب عوضا تساوى قيمته الشىء الموهوب أو تكاد ، كان العقد عقد معاوضة لا عقد تبرع[١] .

(هـ) أهمية التمييز بين عقد المعاوضة وعقد التبرع :

للتمييز بين عقد المعاوضة وعقد التبرع بقسميه (هبة أو تفضل) نتائج هامة نذكر منها :

١- تختلف الأهلية اللازمة لإبرام التصرفات ، باختلاف ما إذا كانت تبرعا أو معاوضة .

فالصـــبى المميز كامل الأهلية بالنسبة لعقود التبرع إذا كان هو المتـــبرع لـــه وعديم الأهلية إذا كان هو المتبرع ، بينما يعد بالنسبة لعقود المعاوضة ناقص الأهلية .

ومـــن حيـــث الولايـــة لايكون للولى أو الوصى أو القيم ولاية التبرع بمال من تثبت لهم الولاية على ماله ، بينما يكون لهم ، على اختلاف بينهم ، وفى حدود معينة ولاية المعاوضة على ذلك المال.

٢- فى عقود الهبة وهى أحد نوعى التبرع لاينعقد العقد إلا إذا أفـــرغ فى الشكل الرسمى ، بينما القاعدة فى عقود المعاوضة أنها تنعقد بمجرد التراضى دون حاجة إلى توافر شكل معين .

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٦٤ .

٣- فـــى عقـــود التبرع يعد الغلط فى شخص المتبرع له غلطا جوهــريا يعيــب الرضاء ويجعل العقد قابلا للإبطال أما فى عقود المعاوضـــة فالأصل أن الغلط فى الشخص لايعد غلطا جوهريا إلا فـــى عقـــود المشاركة والعقود الواردة على العمل دون سواها من العقود التى لايعد فيها الغلط فى الشخص غلطا جوهريا إلا إذ أثبت أن شخصيته كانت محل اعتبار فى التعاقد .

٤- فـــى عقود الهبة وهى أحد نوعى التبرع لايجوز أن يكون محـــل الالتزام شيئا مستقبلا ، بينما القاعدة العامة أن محل الالتزام يجوز أن يكون شيئا مستقبلا .

٥- فـــى عقود التبرع تكون مسئولية الدائن أخف من مسئوليته فـــى عقـــود المعاوضة. فمن يتصرف على سبيل التبرع لايسأل إلا عن فعله العمد وخطئه الجسيم .

٦- فى عقود الهبة وهى أحد نوعى التبرع يكون نطاق ضمان الواهـــب لاســـتحقاق المـــال الموهوب وما قد يوجد فيه من عيوب أضـــيق مـــن نطـــاق هذا الضمان فى عقود المعاوضة . فالواهب لايضـــمن الاستحقاق إلا إذا كان قد تعمد إخفاء سببه أو كانت الهبة بعـــوض ، كما أنه لايضمن العيوب الخفية إلا إذا كان تعمد إخفاءها أو أكد انتفاءها أو كانت الهبة بعوض .

٧- مسئولية المتبرع ، وهو متفضل ، أخف من مسئولية المعاوض ، أى من المسئولية المعتادة . بينما مسئولية المتبرع له أشد من مسئولية المعاوض. وعلى ذلك تكون مسئولية المودع لديه بغير أجر أخف من مسئولية المستأجر ، ومسئولية هذا أخف من مسئولية المستعير (متبرع له) . فالمسئولية تتدرج من الضعف إلى الشدة تبعا لما إذا كان المتعاقد يتبرع (مودع لديه) أو يعاوض (مستأجر) أو يتلقى تبرعا (مستعير) .

٨- تختلف شروط الطعن بالدعوى البوليصية ، وهى دعوى عدم نفاذ التصرف ، فى المعاوضات عنها فى التبرعات . فإذا كان تصرف المدين بعوض اشترط لعدم نفاذه فى حق الدائن أن يكون منطويا على غش من المدين ، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش . أما إذا كان التصرف تبرعا فلا يشترط لعدم نفاذه فى حق الدائن أن يثبت شىء من ذلك (م٢٣٨ مدنى) [1].

١٢٧- خامساً : العقود محددة القيمة والعقود الاحتمالية :

(أ) العقد المحدد القيمة :

العقد المحدد القيمة هو العقد الذى يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذى أخذ والقدر الذى أعطى ، حتى

---

(١) راجع جلال العدوى ص٨٦ ومابعدها- أحمد حشمت أبو ستيت ص ٦٤ ومابعدها .

لــو كــان القدران غير متعادلين . فبيع شيء معين بثمن معين عقد محدد ، سواء كان الثمن يعادل قيمة المبيع أو لا يعادله مادامت قيمة المبيع ومقدار الثمن يمكن تحديدهما وقت البيع (١).

(ب) العقد الاحتمالي :

العقــد الاحتمالي هو العقد الذي لايستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحــدد وقــت تمام العقد القدر الذي أخذ أو القدر الذي أعطى ، ولايتحدد ذلك إلا فيالمستقبل تبعا لحدوث أمر غير محقق الحصول أو غير معروف وقت حصوله. ومثال العقود الاحتمالية عقد التأمين وعقــد البيع الذي يكون الثمن فيه إيرادا مرتبا لمدى حياة المشتري، فــلا نستطيع مثلا عند إبرام عقد التأمين على الحياة أن نعرف قيمة المــبالغ الــتي يدفعها المؤمن له لشركة التأمين ، فهذه القيمة تتأثر بطــول حــياة المؤمن له أو قصرها . فهو قد يموت بعد أداء قسط واحد ، وقد تمتد به الحياة إلى أن يدفع الكثير منها (٢).

وتقســيم العقد إلى محدد واحتمالي يكون في عقود المعاوضة ، كمــا أن عقــود التــبرع قــد تكون احتمالية إذا كان الموهوب له لايستطيع أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذي يأخذ ، كما إذا وهب شخص لآخر إيرادا مرتبا طول حياته .

---

(١) السنهوري ص ١٣٦ – سمير تناغو ص ١٨ .

(٢) السنهوري ص ١٣٧ – عبد الفتاح عبد الباقي ص ٧٥ .

(ج) أهمية التفرقة :

تظهر أهمية التفرقة بين العقود المحددة القيمة والعقود الاحتمالية من ناحيتين :

الناحية الأولى :

أن العقــود المحــددة القــيمة يمكن الطعن فيها بالاستغلال لأن طبيعتها المحددة تسمح بالتحقق من توافر العنصر المادى للاستغلال الذى يتمثل فى أن تكون التزامات أحد الطرفين لاتتعادل البتة مع ما حصل عليه من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر . أمــا العقــود الاحتمالية فالأصل أن طبيعتها تحول دون التحقق من ذلــك العنصـــر المادى من عناصر الاستغلال، وبالتالى تحول دون الطعن فيها بهذا العيب من عيوب الرضا ، ما لم يتبين من ظروف الــتعاقد الخاصة أن ما يحتمل أن يلحق أحد المتعاقدين من خسارة لايــتعادل البــتة مع ما يحتمل أن يحصل عليه المتعاقد الآخر من كســب. فحيث يكون الثمن مثلا مرتبا لمدى الحياة لايمكن أن نحدد مــا إذا كانت قيمة المبيع لاتتعادل البتة مع ذلك الثمن نظرا لتوقف ذلك على مدى ما قد تطول إليه حياة البائع .

إلا أن هناك اتجاها إلى إمكان تحديد ذلك فى بعض الحالات عن طريق جداول الوفيات التى تعدها شركات التأمين وخاصة إذا كانت غلة المبيع تزيد أو تعادل المرتب المتفق عليه [١].

---

(١) جلال العدوى ص ٨٩ .

الناحية الثانية :

أن العقـــود المحددة القيمة هى أيضا وحدها التى يمكن أن نطبق عليـها نظرية الظروف الطارئة ، التى تقضى برد الالتزام المرهق إلـى الحـد المعقول بعد الموازنة بين مصالح الطرفين ، وذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثهـا أن تنفـيذ الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلا صار مـرهقا للمديـن بحيـث يهدده بخسارة فادحة . فمن الجلى أن هذه الـنظرية لايمكـن تطبيقها على العقود الاحتمالية ، لأن هذه العقود تعـرض بطبيعـتها أحد المتعاقدين لاحتمال كسب كبير أو خسارة فادحة [١].

١٢٨ـ سادسا : العقود الفورية والعقود المستمرة (عقود المدة):

(أ) العقود الفورية :

العقـود الفورية ويقال لها أيضا العقود ذات التنفيذ الفورى، هى العقود التى لايتدخل الزمن فى تحديد مقدار ما يؤدى من الالتزامات المـتولدة عنها . وسيان بعد هذا أن يتدخل فى تحديد وقت نفاذها أو لايتدخل . فهذه العقود ترمى إلى إشباع حاجة تتطلب الإشباع دفعة واحـدة فلا يكون الزمن عنصرا جوهريا فى تنفيذها ، سواء تم هذا التنفـيذ فـورا أو تراخى إلى أجل أو آجال متتابعة . مثال ذلك عقد

---

(١) جلال العدوى٩ ،– أنظر فى التفصيل المجلد الثانى شرح المادة (١٤٧).

البيع فهو عقد فورى لأن التزامات البائع والمشترى تؤدى دون أن يتدخل الزمن فى تحديد مقدارها ومداها . وإن كان يمكن أن يتدخل بصفة عرضية لإرجاء تنفيذه . كما إذا اتفق على تأجيل نقل الملكية أو تقسيط الثمن على أقساط متتابعة .

(ب) العقود المستمرة (عقود المدة) :

العقود المستمرة أو عقود المدة هى تلك التى يتوقف مقدار ما يؤدى من الالتزامات الناشئة عنها على الزمن، إذ أن هذه الالتزامات تضيق فى مداها أو تتسع بحسب قصر أو طول المدة التى ينفذ العقد خلالها . ومثال العقود المستمرة عقد الإيجار وعقد العمل وعقد التوريد .

ويرد عقد المدة إما على أداءات مستمرة ، أو أداءات دورية :

١- فالأداءات المستمرة لايمكن تصورها إلا مقترنة بمدة ، إذ لايمكن أن تقاس إلا بالزمن . كما فى حالة التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع مدة معينة ، والتزام العامل بالعمل مدة معينة.

فالمدة هنا عنصر جوهرى وأصيل ، إذ هى مقصودة لذاتها وبذاتها ، وليست مجرد عنصر عرضى . وهذه الأداءات لاتكون إلا مستمرة ، لأنها يجب أن تؤدى بدون انقطاع طول المدة المتفق عليها . ولهذا كانت العقود المنشئة لها عقودا ذات تنفيذ مستمر، كعقد الإيجار وعقد العمل لمدة معينة وعقد التأمين .

٢- والأداءات الدورية تتناول أشياء تقاس بحيز مكانى ، بحيث يمكن تنفيذها دفعة واحدة ، ولكن يتفق المتعاقدان على تكرارها مدة مـن الزمان لإشباع حاجة تتكرر . فهى ذاتها تقاس بالمكان ، ولكن يـتفق المتعاقدان أن تقاس بالزمان . كما فى عقد التوريد حين يلتزم مثلا خباز بأن يورد كيلو من الخبز كل يوم ، أو يلتزم بائع لبن بأن يورد كيلو من اللبن كل يوم .

فالمعقود عليه فى عقـد الإيجـار وعقـد التوريد هو شىء يقاس بالزمـن، ولكـنه يقاس فى عقد الإيجار بالزمن طبيعة ، ويقاس فى عقد التوريد بالزمن اتفاقا .

وعلـيه ينقسم عقد المدة إلى عقد ذى تنفيذ مستمر كعقد الإيجار وعقد العمل لمدة معينة ، وعقد ذى تنفيذ دورى كعقد التوريد وعقد الإيراد المرتب مدى الحياة [١].

(ج) أهمية التقسيم :

لتقسـيم العقود إلى فورية ومستمرة أهمية كبرى . وترجع تلك الأهمـية إلـى أن الزمـن إذا فـات لايعود . ففوات الزمن يؤثر بالضرورة فى العقود المستمرة . ولكنه لايؤثر فى العقود الفورية.

ومن أهم مظاهر هذا التأثير ما يلى :

---

(١) عبد المنعم الصده ص٧٣ ومابعدها – أحمد حشمت أبو ستيت ص ٦٧.

١- إذا أوقف تنفيذ العقد المستمر لمدة معينة ، سواء حصل ذلك برضاء عاقدية أم بسبب أجنبى لايد لأيهما فيه ، أنقص ما يؤدى من الالـــتزامات الناشـــئة عـــنه ، فى حدود ما يقابل مدة الوقف . فإذا أغرقـــت الســـيول مـــثلا العيـــن المؤجرة وحالت بذلك دون انتفاع المستأجر بها مدة من الزمن زال أيضا التزام المستأجر بدفع الأجرة فـــيما يقابلها . أما العقود الفورية فوقف تنفيذها لايؤثر فى مقدار ما يـــؤدى من الالتزامات الناشئة عنها ، فهو لايعدو وأن يكون إرجاء لأداء تلك الالتزامات ، التى تظل محتفظة بمقدارها كاملة .

٢- فســـخ العقـــود الفورية أو انفساخها يؤدى إلى زوالها بأثر رجعـــى. أمـــا العقـــود المستمرة فلا يكون لفسخها أو انفساخها أثر رجعى، بل يقتصر أثره على إنهائها بالنسبة للمستقبل فقط . لأن ما فقد من الالتزامات المترتبة على هذه العقود لايمكن إعادته لارتباطه بالزمن الذى لايمكن إرجاعه .

٣- فـــى العقـــود الفورية يلزم لاستحقاق التعويض عن تأخير المدين فى تنفيذ التزامه أن يكون الدائن قد أعذره ليثبت عليه تأخيره فـــى التنفـــيذ . أما فى العقود الزمنية فالإعذار ليس لازما إذا تأخر الملـــتزم عن تنفيذ التزامه ، لأن ما تأخر فيه لايمكن تداركه لفوات المدة ، فلا جدوى من الإعذار .

٤- لاتكـــون العقــود الفوريـــة محلا لانطباق نظرية الظروف الطارئـــة إلا إذا كـــان العقـــد مؤجلا حتى يمكن أن تطرأ مثل هذه الظـــروف . أمـــا فـــى العقود الزمنية فإن تطبيق نظرية الظروف الطارئـــة يكون ممكنا دائما لأن تنفيذ هذه العقود لابد وأن يمتد فى الزمن مما يمكن معه أن تطرأ ظروف لم تكن متوقعة [١].

شـرح أحكام المادة :

١٢٩ـ التراضى فى العقد :

ينعقد العقد بالتراضى ، والتراضى هو توافق إرادتى المتعاقدين علـــى إحداث الأثر المقصود . ويتحقق ذلك بالإيجاب الذى يصدر من أحدهما والقبول الذى يصدر من الآخر .

ولذلـــك نصت المادة ٨٩ على أن : يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ... الخ " .

١٣٠ـ تعريف الإيجاب .

عرفـــت محكمة النقض الإيجاب بقولها : " الإيجاب هو العرض الذى يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته فى إبرام عقد معين بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد".

(طعن رقم ٣٢٣ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٩)

---

(١) جلال العدوى ص ٩٠ ومابعدها- عبد الفتاح عبد الباقى ص ٧٤ ومابعدها .

١٣١ـ تعريف القبول :

القبول ، هو تعبير من وجه إليه الإيجاب على قبول الإيجاب ممن وجهه إليه ، بشرط ألا يتضمن ما يزيد أو يعدل أو يقيد فى الايجاب .

١٣٢ـ يجب اتجاه الإرادة فى الإيجاب والقبول إلى ترتيب أثر قانونى :

حتى يوجد إيجاب بالتعاقد أو قبول للتعاقد يجب أن تتجه الإرادة إلى ترتيب أثر قانونى ، لأن العقد اتجاه إرادى مشترك نحو ترتيب أثر قانونى معين . ولهذا إذا انتفت نية ترتيب أثر قانونى ، لم نكن بصدد إيجاب بالتعاقد أو قبول للتعاقد . وانتفاء هذه النية يعرض فى حالات متعددة .

١- فقد تصدر الإرادة بقصد المجاملة ، كما هو الشأن فيما يصدر عن الإرادة من دعوات أو وعود فى نطاق المجاملات الاجتماعية . فمجرد قبول دعوة إلى وليمة أو احتفال ، ومجرد إعطاء وعد بالسعى لإلحاق شخص بعمل ، لايعد إيجابا للتعاقد أو قبولا للتعاقد لانتفاء نية ترتيب أثر قانونى .

٢- قد تصدر الإرادة على سبيل الهزل، كما هو الشأن فيما يصدر عن الإرادة من عبارات المزاح . فمثل هذه العبارات ، التى تصدر عن إرادة غير جادة لاتتوافر فيها نية ترتيب أثر قانونى ،

لاتعد إيجابا للتعاقد أو قبولا للتعاقد ، ولا ينشأ عنها أى عقد ، صحيح أن الهازل قد يلزم بتعويض ما ينشأ من ضرر عن هزله ، ولكن الواقع أن التزامه هذا لايكون مصدره العقد وإنما الخطأ أو العمل غير المشروع (١).

ومثل ذلك الإرادة الصادرة من شخص فى حالة سكر بين إلا أنه لايكفى لوجود إيجاب بالتعاقد أو قبول للتعاقد أن تتوافر نية ترتيب أثر قانونى . فلكل من إيجاب التعاقد وقبول التعاقد مقوماته التى يتوقف عليها وجوده .

١٣٣ـ كيفية صدور الإيجاب :

هناك عقود تظهر الإرادة فيها من أول الأمر بطريقة قاطعة، فيكون الإيجاب حينئذ باتا ، فإذا صادفه قبول مطابق انعقد العقد. ويتحقق ذلك بالنسبة إلى العقود التى تقع عادة فى الحياة اليومية والتى يعرض فيها الموجب شروطا لايقبل مناقشة فيها . كما فى شراء بضاعة عليها ثمنها ، وتناول الطعام فى مطعم ، أو النزول فى فندق . وكما هى الحال أيضا فى عقود الإذعان ، كركوب سيارة عامة أو قطار والاشتراك فى المياه أو النور .

ولكن الإيجاب لايصدر دائما فى هذه الصورة البسيطة . ففى كثير من العقود ، ولاسيما العقود الهامة ، تسبق الإيجاب مراحل

---

(١) جلال العدوى ص٩٥ومابعدها– حلمى بهجت بدوى ص ٧٣ .

تتفاوت درجاتها ولاتصل جميعها إلى مستوى الإيجاب ، وذلك على النحو الآتى :

١- فقد تبدأ المسألة بمجرد اقتراح يصدر من أحد الطرفين يريد بـه أن يستطلع رأى الطرف الآخر ويقف على مدى استعداده، فإذا تبين أن لديه رغبة فى التعاقد دخل معه فى مفاوضات قد تطول أو تقصـر . وكـل مـا يدخل فى نطاق المفاوضات يكون دعوة إلى التفاوض أو التعاقد ، ولايعتبر إيجابا صالحا لأن يقترن به قبول يؤدى إلى قيام العقد .

ويعتبر من قبيل الدعوة إلى التفاوض أن يعرض شخص التعاقد دون أن يحـدد أركانـه ، كأن يعرض شخص منزلا للبيع دون أن يحدد الثمن ، أو يعرض منزلا للإيجار دون أن يحدد الأجرة .

٢- وقد يخرج الطرفان من هذه المفاوضات إلى إيجاب مصحوب بتحفظات صـريحة أو ضمنية . كأن يعرض شخص التعاقد بثمن معين مع احتفاظه بحقه فى تعديل هذا الثمن تبعا لتغير الأسعار، إذ يكون إيجابه بالثمن الذى عينه ملحوظا فيه أنه يتغير بتغير الأسعار. وكـأن يعرض شخص التعاقد على الجمهور بشأن سلعة يحدد ثمنها وتكـون كميـتها محددة ، أو بشأن أماكن فى مسرح أو سينما ، إذ يكون إيجابه ملحوظا فيه ضمنا أن الكمية أو الأماكن قد تنفذ . ففى مثل هذه الحالات يتقيد الموجب بإيجابه مع مراعاة هذه التحفظات .

٣- فـإذا خـرج الطـرفان من دور المفاوضة ولم يكن هناك تحفظ، أصبحنا بصدد إيجاب بات . فإذا صادف هذا قبول مطابق تم العقد [١].

١٣٤ـ تطابق الإيجاب والقبول :

يـبدأ الـتعاقد بـأن يعرض أحد الطرفين على الطرف الآخر الارتباط بأمر معين بشروط معينة ، وهذا هو الإيجاب . فإذا رفض الطرف الآخر هذا الإيجاب لم ينعقد بينهما عقد . وإن رَد عليه بأنه اقـترح تعديلا فيه ، فلا يعتبر رده قبولا بل يعتبر إيجابا جديدا منه للطـرف الآخـر ، فلا ينعقد بذلك أيضا عقد . وإن قبل ما عرض علـيه أولاً أو قبل الطرف الآخر التعديل المقترح ، كان ذلك قبولا يـنعقد بـه العقـد . فلا بد فى توافق الإرادتين من مطابقة القبول للإيجاب كل المطابقة [٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " يجـب لـتمام الاتفـاق وانعقاده أن يكون القبول مطابقا للإيجاب أما إذا اختلف عنه زيادة أو نقصا أو تعديلا فإن العقد لايتم ويعتـبر مـثل هـذا القبول رفضا يتضمن إيجابا جديدا. فإذا كانت محكمة الموضوع قد استندت فيما قررته من انتفاء حصول الاتفاق

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٩٩ ومابعدها .

(٢) سليمان مرقس ص ٤٦٧ .

علـــى الفسخ لعدم مطابقة الإيجاب بالفسخ للقبول إلى ما استخلصته استخلاصـــا سائغا من العبارات المتبادلة بين طرفى الخصومة فى مجلــس القضــــاء وكـــان لارقابـــة فى ذلك لمحكمة النقض إذ أن اســتخلاص حصول الاتفاق على الفسخ من عدمه هو مما تستقل به محكمــــة الموضــــوع فإن الحكم لايكون قد خالف القانون أو أخطأ تطبيقه " .

(طعن رقم ٣٥٤ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/١١/٩)

٢- " البيع- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – لايعتد إلا بـــتلاقى الإيجـــاب والقـــبول علـــى حصوله ، ولما كانت الشركة المطعــون ضـــدها الأولـــى وجهت فى ١٩٧٦/٧/١٥ إعلانا إلى مستأجرى عقاراتها ضمنته إبداء رغبتها فى بيع العقارات لهم وفقا للشروط المبينة بهذا الإعلان ، وعلى فرض أن تلك الدعوة توفرت لها كل المقومات التى يتطلبها القانون للإيجاب الملزم ، فإن يتعين أن يكـــون المـــتعاقد الآخر – المشترى مستأجرا للعقار المبيع ، إذ أصـــبحت شخصيته مقصودة ومحل اعتبار فى التعاقد ، ومن ثم فلا يعول على القبول الصادر من غير مستأجر ولاينعقد به البيع ، كما لايجوز إلزام الشركة بإجرائه إن هى رفضته .... الخ " .

(طعن رقم ١٠٧٧ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٦/٥/٢٩)

١٣٥ـ وجوب صدور القبول ممن وجه إليه الإيجاب :

يجب لتوافر قبول التعاقد أن يكون القبول صادر ممن وجه إليه الموجب إيجابه بالتعاقد . فإذا كان الإيجاب موجها إلى الجمهور أمكن أن يصدر التعبير عن القبول من أى شخص . أما إذا كان الإيجاب قد وجه إلى فرد معين ، فإن التعبير عن القبول يجب أن يصدر من هذا الفرد دون سواه . ذلك أنه حيث يوجب الموجب على نفسه التعاقد إذا قبله الشخص الذى وجه إليه إيجابه ، فإن هذا الإيجاب يكون معلقا على صدور التعبير عن القبول من هذا الشخص ، بحيث إذا ما عبر شخص آخر عن اتجاه إرادته إلى التعاقد مع الموجب بالشروط التى ضمنها تعبيره عن إيجابه ، لم يكن من الممكن القول بأن إرادته تتجه إلى ما اتجهت إليه إرادة الموجب الذى لم تتجه إرادته إلا إلى التعاقد مع من وجه إليه إيجابه.

وإذا كان الإيجاب موجها إلى عدة أفراد معا ، كمن يوجه إلى باقى شركائه فى مال شائع إيجابا بعقد شركة بينهم يساهم كل منهم بربع رأس مالها مثلا فوجه بعضهم قبولا للتعاقد دون الآخرين ، فإذا كانت عبارات الموجب لاتتضمن ما ينفى أن إرادة الموجب قد اتجهت إلى تعليق إيجابه على قبول جميع من وجه لهم، فإن تعبير بعضهم على اتجاه إرادته إلى التعاقد بالشروط التى حددها الموجب

لايعـد تعبـيرا عـن القبول يتحقق به التراضى ، لأن الموجب لم يوجـب على نفسه التعاقد إلا مع كافة من وجه إليهم إيجابه. أما إذا تضـمن التعبـير عن مثل ذلك الإيجاب ما ينفى إرادة الموجب إلى تعليقه على قبول كافة من وجه لهم إيجابه ، فإن تعبير بعضهم عن اتجـاه إرادته إلى التعاقد بالشروط الذى تضمنها ذلك الإيجاب يعد تعبيرا عن القبول بحيث ينعقد العقد بين من صدر عنهم هذا التعبير والموجب بالرغم من عدم قبول باقى من وجه إليهم الإيجاب [١].

١٣٦ـ العـرض الموجـه للجمهـور :

كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصا برقم (١٣٣) يجرى على أن : "١- يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجابا.

٢- أمـا النشـر والإعلان وبيان الأسعار الجارى التعامل بها، وكـل بـيان آخـر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفـراد، فـلا يعتـبر عـند الشك إيجابا ، وإنما يكون دعوة إلى التفاوض" .

وقد جاء عنه بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يعتـبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجابا نهائيا ، وهذا هو حكـم الفرض الأول من الفرضين اللذين يتناولهما النص . على أنه

---

(١) جلال العدوى ص ١٠٠ ومابعدها .

يجـــدر الإلفات إلى أن ذاتية البضائع لاينبغى أن تعلق عليها أهمية خاصة ، فللتاجر أن يسلم المشترى بدلا من السلعة المعروضة سلعة أخرى تماثلها تمام المماثلة .

أمـــا فيما يتعلق بالفرض الثانى ، فإذا لم يكن ثمة ما يفيد توجيه إيجـــاب بات جاز اعتبار السعر مجرد دعوة إلى التفاوض. بيد أن هـــذه الدعـــوة ترتب آثارا قانونية : فهناك أمر استتبع قيام حالة من شـــأنها أن تســـتحث الـــناس على أن تتقدم بالإيجاب ، فإذا رفض صاحب الدعوة أن يتعاقد ، ولم يكن لهذا الرفض سبب مشروع جاز أن يعتـــبر الرفض تعسفيا يستوجب التعويض . وقد تناول المشروع هذا الحكم فى نص لاحق " .

وعند نظر المادة فى لجنة المراجعة اقترح حذفها " لعدم الحاجة إلـــيها إذ يســـهل على القضاء تطبيق هذا الحكم دون نص عليه " . فوافقت اللجنة على ذلك [١].

وبالترتيـــب علـــى ذلك فإن حذف هذا النص لايمنع من تطبيق الحكـــم الـــوارد بـــه . ومن ثم فإن النشر والإعلان وبيان الأسعار الجـــارى الـــتعامل بها ، وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهـــة للجمهـــور أو للأفراد لايعتبر إيجابا وإنما مجرد دعوة إلى التعاقد . ومثل ذلك الإعلانات عن السلع أو الخدمات التى تنشر فى الصحف وغيرها من سبل الإعلام مرئية كانت أم صوتية . وكذلك

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٤١ الهامش .

إرســـال أو توزيــع قوائـــم الأسعار الجارى التعامل بها ، كل ذلك لايعـــدو فـــى الأصل أن يكون مجرد سبيل للدعاية والإعلان لحث الناس على التعامل . فهو إذن دعوة إلى التعاقد أو التفاوض، وليس إيجابـــا بـــه . وذلـــك بالضـــرورة ما لم يظهر العكس من ظروف الحال[1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " طـــرح مناقصة توريد أشياء على أساس الشروط الواردة فـــى قائمـــة الاشتراطات لايعتبر إيجابا فى صحيح القانون إنما هو مجـــرد دعـــوة إلـــى التعاقد ، أما الإيجاب فهو ما يصدر ممن تقدم بعطائـــه بالشـــروط المبينة فيه ، ويتم القبول بالموافقة على العطاء متى صدرت هذه الموافقة ممن يملكها " .

(طعن رقم ١٠٥ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٥/١/٧)

٢- " مـــن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن طرح مناقصات الـــتوريد وغـــير ذلـــك مـــن البيانات الموجهة للجمهور أو الأفراد كالنشـــرات والإعلانـــات لاتعتـــبر إيجابـــا وإنما مجرد دعوة إلى الـــتفاوض والاستجابة لهذه الدعوة هى التى تعتبر إيجابا فالتقدم فى مناقصـــة بعطاء بالشروط المبينة فيه يعتبر إيجابا ويتم التعاقد بقبول الجهة صاحبة المناقصة هذا الإيجاب " .

(طعن رقم ٤٧٢ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٢)

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٢٤ .

١٣٧ـ الدعـوة إلى التعاقـد إذا كانت شخصية المتعاقد معه محل اعتبار :

يعـد من قبيل العرض الذى لايعتبر إيجابا ، وإنما مجرد دعوة إلـى الـتعاقد حتى لو بين صاحب العرض أركان التعاقد أن تكون شخصية المتعاقد معه محل اعتبار حيث يكون لصاحب العرض أن يمـيز مـن يـريده . ومثال ذلك أن يعلن شخص فى الصحف عن حاجته إلى سكرتير خاص .

فمثل هذا الإعلان ، لاينطوى على إيجاب بإبرام عقد العمل، بل علـى مجـرد دعوة إلى التعاقد حتى لو تضمن الأركان والشروط الجوهرية المراد إبرام العقد على أساسها. كما إذا ذكر فى الإعلان المؤهـلات المطلوبـة فى السكرتير والأجر والمدة المعروضين ، والسبب فى عدم اعتبار العرض هنا إيجابا هو أن صاحب الإعلان لايقصـد بالضرورة أن يتعاقد مع كل من يتقدم إليه ، هو بالإعلان الـذى أجـراه يدعـو الناس إلى التقدم إليه ، ليتميز من بينهم من يشاء[1].

(١) عبد المنعم الصده ص ٩٩ – عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٢٤. ومابعدها.

مـــادة (٩٠)

١- التعبـــير عـــن الإرادة يكـــون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا ، كما يكون باتخاذ موقف لاتدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود .

٢- ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا ، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا .

الشـــرح

١٣٨ـ التعبير عن الإرادة :

اتجـــاه الإرادة إلى إحداث أثر قانونى هو فى ذاته مسألة نفسية لايعـــنى بهـــا القـــانون إلا إذا أعلن عنها ، وذلك بالتعبير عن هذه الإرادة . فالتعبـــير هو مظهر الإرادة الخارجى المحسوس فالتعبير عن الإرادة إذن هو الإعلان عن إرادة تتجه إلى إحداث أثر قانونى، سواء كان إعلانا عن إيجاب أو قبول أو إرادة منفردة أو غير ذلك .

وقـــد ذكرت الفقرة الأولى من المادة أربعة طرق يمكن التعبير بها عن اتجاه الإرادة هى :

١- اللفظ .

٢- الكتابة .

٣- الإشارة المتداولة عرفا .

٤- اتخاذ موقف لاتدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود .

ويصـــح التعبـــير عن الإرادة بأحد هذه الطرق ، ما لم يستلزم القانون فى حالات محددة أن يكون التعبير بوسيلة معينة غالبا تكون هى الكتابة .

ونعرض لهذه الطرق فيما يأتى :

١ـ التعبير باللفظ :

المقصـــود بالتعبير باللفظ ، التلفظ بأى ألفاظ يدل معناها لغة أو عـــرفا أو بحسب ظروف التعاقد على اتجاه الإرادة ، إلى إيجاب أو قـــبول فـــى التعاقد سواء كان من تلفظ بهذه الألفاظ هو الموجب أو القابل نفسه أو مجرد رسول عنه [١].

٢ـ التعبير بالكتابة :

يصـــح أن يكـــون التعبـــير عن الإرادة بالكتابة . سواء أكانت مخطوطة أم مطبوعة أو مكتوبة على الآلة الكاتبة ، وسواء أجاءت فـــى سند أو رسالة أو إعلان ، وسواء أكان العقد عرفيا أم رسميا. موقعا عليها أو غير موقع عليها .

٣ـ التعبير بالإشارة المتداولة عرفا :

يصـــح أن يكون التعبير بالإشارة المتداولة عرفا ، وهى إشارة تعـــارف الـــناس على معنى خاص لها ، كهز الرأس عموديا دلالة علـــى القـــبول ، أو هـــزها أفقيا أو هز الكتفين دلالة على الرفض

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٧٥ – جلال العدوى ص ١٠٤ .

ولايوجد ثمة ما يمنع من أن يحصل التعبير عن الإرادة بالإشارة من غير الأخرس ، مادامت متداولة عرفا تداولا لايثير شكا فى حقيقة مدلولها، وبطبيعة الحال فإن تعبير الأخرس بالإشارة المتعارف عليها هو تعبير صريح من جانبه .

ويسوغ أن يتم التعبير عن الإرادة بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضى ، ولو لم يصحبها كلام، كما إذا أعطى شخص جنيها لبائع الصحف فناوله الصحيفة . وهذا هو المعروف فى الفقه الإسلامى تحت اسم " تعاقد المعاطاة " .

٤ ـ التعبير باتخاذ موقف لاتدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود :

يتم التعبير فى النهاية باتخاذ موقف لاتدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود. كما إذا عرض تاجر على الجمهور بضاعته معلقا عليها الثمن ، وكما إذا وقفت سيارة الأجرة فى انتظار من يريدها ، وكما إذا وضع شخص آلة معينة تؤدى للجمهور تلقائيا خدمات خاصة نظير ثمن محدد ، كالآلات التى تقدم فى بعض البلاد المشروبات الباردة أو الساخنة والموازين الميكانيكية.

١٣٩ـ التعبير الصريح والتعبير الضمنى :

ليس هناك مظهر خاص يتحتم أن يتخذه التعبير عن الإرادة ، إذ القاعدة فى التعبير أنه لايخضع لشكل ما . وهذا هو مقتضى مبدأ

الرضـــائية . فالمـــتعاقد يفصح عن إرادته بالوسيلة التى تحلو له ، ولايهم بعد ذلك نوع الوسيلة مادامت أنها تعبر عن الإرادة .

ومن هنا يكون التعبير عن الإرادة صريحا ، كما يكون ضمنيا، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٩٠ مدنى) .

والتعبـــير الصريح هو الذى يفصح عن الإرادة بطريقة مباشرة، أى بوسيلة تكشف عن الإرادة حسب المألوف بين الناس .

فقـــد يكـــون هذا التعبير باللفظ أو الكتابة أو بالإشارة المتداولة عـــرفا، أو باتخـــاذ موقف لاتدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود ، على النحو الذى ذكرناه سلفا .

أمـــا التعبير الضمنى ، فهو الذى ينبئ عن الإرادة بطريقة غير مباشـــرة ، أى بوسيلة لا تتفق والمألوف بين الناس فى الكشف عن هـــذه الإرادة ، ولكن يمكن أن تستنبط منها دلالة التعبير فى ضوء ظروف الحال .

مثل ذلك أن يبيع شخص شيئا عرض عليه لكى يشتريه ، إذ أن هـــذا التصـــرف يدل على قبوله الشراء. وبقاء المستأجر بعد انتهاء الإيجـــار منتفعا بالعين المؤجرة بعلم المؤجر ودون اعتراض منه (م ٥٩٩ مدنى) إذ ينطوى هذا على إيجاب ضمنى من المستأجر بتجديد الإيجـــار وقـــبول ضمنى من المؤجر . وقيام الوكيل بتنفيذ وكالة لم يقبلها صراحة ، إذ يعتبر التنفيذ حينئذ قبولا ضمنيا .

ولـــيس هـــناك فارق بين التعبير الصريح والتعبير الضمنى من حيــث القــيمة . غــير أن القانون قد يتطلب أن يكون التعبير عن الإرادة مفــرغا فى شكل خاص ، مثل التصرفات الشكلية كالهبة . وقـــد يكـــتفى القانون بأقل من ذلك فيوجب أن تصدر من الشخص إرادة صريحة، وذلك فى الحالات التى تنطوى على بعض الخطورة . مـــثل ذلـــك مـــا نصـــت عليه المادة ٣٩٨ مدنى من أن الدفاتر والأوراق المنزلـــية لاتكون حجة على من صدرت منه إلا إذا ذكر فـــيها صـــراحة أنه استوفى دينا ، أو إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه فى هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقا لمصلحته . وما نصت عليه المادة ٤٧٥ مدنى من أنه إذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الديون أو باع شيئا مما اشتملت عليه وجب أن يـــرد للمشـــترى مـــا استولى عليه ما لم يكن عقد البيع قد اشترط صراحة عدم الرد . وقد يقتصر القانون على ما دون ذلك فيقف عند حد التشدد فى استخلاص التعبير الضمنى ، مثل ذلك ما نصت عليه المادة ٣٥٤ مدنى من أن التجديد لايفترض ، بل يجب أن يتفق عليه صـــراحة ، أو أن يستخلص بوضوح من الظروف . فهذه درجات ينـــتقل القـــانون فيها من الشكلية إلى ما دونها بقليل أو كثير بحسب درجـــة خطـــورة التصرف ، وهى جميعها تعتبر استثناء يرد على الأصـــل الـــذى يبـــيح التعبـــير عن الإرادة بأية طريقة . وقد يتفق

المتعاقدان على أن يتخذ التعبير عن الإرادة شكلا خاصا ، وفى هذه الحالة يجب أن يكون التعبير فى الشكل المتفق عليه كما ذكرنا سلفا.

وإذا تطلب القانون كتابة للإثبات فإن هذه الكتابة لاتعتبر مظهرا مطلوبا للتعبير عن الإرادة ، وإنما هى طريق للإثبات . إلا أنها مع ذلك تعتبر من الناحية العملية قيدا على حرية المتعاقدين فى اختيار طريقة التعبير عن الإرادة [١].

وقد جاء بمذكرة المشـروع التمهيدى أنه :

" أما الفقرة الثانية من المادة ١٢٤ (التى أصبحت برقم ٩٠) فقد أخذت عن المادة ٧٩ و١ من التقنين البرازيلى . وهى تتناول مسألة الـتفرقة بين التعبير الصريح والتعبير الضمنى عن الإرادة . وهذه الـتفرقة ليسـت بمجـرده من الأهمية العملية ، فقد يستلزم القانون أحيانا ، وقد يشترط المتعاقدون أنفسهم فى بعض الفروض ، وجوب التعبـير الصريح عن الإرادة لإبراز أهمية التصرف القانونى الذى يراد عقده. وبين مختلف المعايير التى تداولها الفقه فى هذا الصدد ، يوجد معياران ، هما أكثر هذه المعايير ذيوعا : أولهما : يحتكم إلى فكـرة المألوف وغير المألوف فى أسلوب التعبير أو فى طريقته . ويـرى أصـحاب هذا المعيار أن التعبير يكون صريحا ، إذا كان أسـلوب الإفصاح عن الإرادة من الأساليب المألوفة ، ويكون على

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٨٣ ومابعدها .

النقيض من ذلك ضمنيا ، إذا لم يكن أسلوب الإفصاح ، من بين الأساليب التى ألف استعمالها فى هذا الشأن ، بحيث لايتاح استخلاص دلالة التعبير فى الصورة الأخيرة إلا من طريق الاستنتاج . أما المعيار الثانى فيرى أصحابه أن التعبير يكون صريحا أو ضمنيا تبعا لما إذا كان مباشرا أو غير مباشر . ويراعى أن الفارق العملى بين هذين المعيارين ضئيل ، إن لم يكن معدوما . فالأسلوب المألوف فى التعبير عن الإرادة هو فى الوقت ذاته الأسلوب المباشر فى حين أن الأسلوب غير المباشر ليس ، فى الغالب ، بالأسلوب المألوف . ومهما يكن من شىء، فقد آثر المشروع ألا يفصل فى المسألة بنص تشريعى ، تاركا أمر البحث عن المعيار السليم لاجتهاد الفقه والقضاء . ومع ذلك ، فمن المحقق أن اتخاذ موقف معين ، أو التزام سلوك بالذات ، للإفصاح عن الإرادة لايستتبع حتما أن تكون هذه الإرادة ضمنية . فمن صور السلوك فى بعض الفروض ، ما قد يعتبر أسلوبا مباشرا مألوفا فى الإفصاح عن الإرادة ، ويكون بهذه المثابة تعبيرا صريحا" [١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ١٥ .

مـــادة (٩١)

ينـــتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك .

الشـــــرح

١٤٠ـ متى ينتج التعبير عن الإرادة أثره ؟

لاينتج التعبير – أيا كان المعبر عنه ، إيجابا أو قبولا. أو غيرهما، وســـواء كان التعبير صريحا أو ضمنيا ، ومهما تكن وسيلته – أثره إلا من الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه .

فـــالإرادة يصبح لها وجود مادى أو كيان ذاتى بمجرد صدورها أى بمجـــرد التعبير عنها . وهذا الوجود المادى لاينقلب إلى وجود قانونى إلا بوصول التعبير إلى علم من وجه إليه . وإن كانت العبرة بطبيعة الحال هى بالوجود القانونى ، إذ هو وحدة الذى يرتب الأثر القـــانونى للتعبير ، وهو ما تعينه المادة بقولها " ينتج التعبير أثره" ، فإن للوجود المادى للتعبير وانفصاله عن شخص صاحبه فائدته من حيث قيامه رغم موت موجهه أو فقد أهليته كما سنرى .

ولاتظهر أهمية تراخى أثر التعبير عن الإرادة إلى وقت اتصاله بعلـــم من يوجه إليه إلا فى التعاقد بالمراسلة بين الغائبين . إذ توجد فـــى هـــذا النوع من التعاقد بالضرورة فترة من الزمن ، تطول أو

تـــنقص ، بين صدور التعبير من صاحبه ، ووصوله إلى من يرسل إلـــيه ، وذلـــك بالنســـبة إلى الإيجاب والقبول على سواء . أما فى المتعاقديـــن الحاضرين ، سواء أكان فى مجلس العقد أو عن طريق الهـــاتف أو ما يشابهه ، فلا يظهر فى العمل أية أهمية لتراخى أثر التعبـــير عن الإرادة إلى ما بعد اتصاله بعلم من يوجه إليه ، إذ أن صدور التعبير ووصوله يتمان فى هذه الحالة فى نفس الوقت .

وغـــنى عن البيان أن تراخى أثر التعبير عن الإرادة إلى وقت اتصاله بعلم من يوجه إليه لا يكون إلا فى مجال إبرام العقود . فهو لايكـــون فـــى حالـــة التصرف القانونى الصادر من جانب واحد ، كالوعد بجائزة موجه للجمهور وكالوصية ، حيث لايوجد إلا طرف واحد هو الذى يصدر منه التعبير، ولايوجد غيره يوجه إليه التعبير. ومـــن ثـــم ينـــتج التعبير عن الإرادة أثره ، فى هذا المجال الأخير بمجرد صدوره من صاحبه ، طالما لم يظهر منه أنه يتضمن عزمه النهائى على إبرام التصرف [١].

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

١- " ذهـــاب الطاعن قبل نهاية الأجل إلى محل إقامة المطعون عليه ومقابلة ابن هذا الأخير وإبداء رغبته له فى الشراء واستعداده

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٠٨ .

لدفع الثمن يعتبر قرينة على علم المطعون عليه بالقبول ويقع على عاتقه عبء نفى هذه القرينة " .

(طعن رقم ٢٠٢ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/٥/٦)

٢-" مؤدى المادتين (٩١، ٩٣) من القانون المدنى أن التعبير عن الإرادة لاينتج أثره إلا من وقت اتصاله بعلم من وجه إليه . فإذا كان الموجب قد التزم فى إيجابه بالبقاء على هذا الإيجاب مدة معينة فإن هذا الإيجاب لايلزم الموجب إلا من وقت اتصاله بعلم من وجه إليه به وإلى هذا الوقت يعتبر أن الإيجاب لايزال فى حوزة الموجب فله أن يعدل عنه أو أن يعدل فيه لأن التعديل ما هو إلا صورة من صور العدول لايملكه إلا فى الفترة السابقة على وصول الإيجاب إلى علم من وجه إليه . وعلى ذلك فمتى تبين أن طالب الشراء أبدى فى طلبه الموجه إلى عضو مجلس الإدارة المنتدب للشركة البائعة رغبته فى شراء قدر من الأطيان المملوكة لها بثمن محدد وبشروط معينة وضمن الطلب أنه لايصبح نافذ الأثر بين الطرفين إلا بعد موافقة مجلس إدارة الشركة كما تعهد فيه بأن يظل مرتبطا بعطائه فى حالة إشهار مزاد بيع الأطيان لحين إبلاغه قرار الشركة باعتماد البيع من عدمه . فتحقق بذلك علم الشركة بمجرد وصول الطلب إلى عضو مجلس الإدارة المنتدب . فإن هذا الإيجاب يعتبر نافذ الأثر فى حق الموجب لايجوز العدول عنه أو تعديله حتى تبت

الشـــركة فى طلبه بالقبول أو الرفض وذلك عملا بنصوص الطلب ونـــزولا علـــى حكـــم المادتين (٩١، ٩٣) المشار إليهما ولايجدى الموجـــب التمسك بأن الموافقة المعتبرة فى إتمام التعاقد هى موافقة مجلس إدارة الشركة دون غيره من موظفى الشركة مادام أن النزاع يـــدور فقط حول معرفة من الذى نكل من الطرفين عن إتمام التعاقد لأن مجـــال البحث فى هذا الذى يتمسك به الموجب هو فى حالة ما إذا كانت الشركة تتمسك بتمام التعاقد والمطالبة بتنفيذه ".

(طعن رقم ٩٧ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٠/٤/١٩٥٨)

١٤١- إثبات اتصال التعبير بعلم من وجه إليه :

تقضـــى القواعـــد العامة بأن من يدعى اتصال التعبير بعلم من وجه إليه ، يقع عليه عبء إثبات ذلك باعتباره مدعيا ، إلا أن المادة (٩١) أقامت قرينة قانونية مؤداها أن وصول التعبير إلى من يوجه إليه ينهض بذاته دليلا على علم هذا به ، ما لم يثبت العكس .

والمقصـــود بوصول التعبير إلى من يوجه إليه هو وصوله إلى موطنه ، حيث يعتبر الموطن هو المكان القانونى للشخص ويفترض أنه يعلم بكل ما يصل إليه فيه . فإذا ادعى من وجه إليه التعبير عدم علمه بالتعبير كان له دحض القرينة التى تقيمها المادة بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن . كما إذا أفلح مثلا فى أن يقيم الدليل على أنه لم يكن متواجدا فى موطنه لمرضه أو غيابه أو لأى سبب

آخـــر [١]. بل إنه إذا كان من وجه إليه التعبير هو الموجب وتضمن التعبـــير قـــبولا مـــن الموجـــب له ، فإنه لايكفى الأول ، فى سبيل المحاجـــة بعـــدم قيام العقد ، أن يثبت أنه لم يعلم بالتعبير المتضمن القبول ، بل عليه أن يثبت أيضا أن انتفاء علمه به لايرجع إلى خطأ يعـــزى إلـــيه . فمـــا دام هو قد أوجب بالعقد ، فإن ظروف الحال تقتضى منه أن يتربص بالرد عليه ، على نحو يعلمه بمضمونه فور وصـــوله . وهكذا يتحمل الموجب هنا بالتزام بالعمل على أن يصل رد الموجب له إلى علمه فور أن يصل إلى موطنه ، فإن وصل إليه مـــن غير أن يعلم به ، وكان ذلك راجعا إلى خطأ يعزى إليه ، ما كان له أن يحاج بجهل هو المسئول عنه [٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " وصول التعبير عن الإرادة إلى من وجه إليه يعتبر قرينة علـــى العلم به إلا إذا أثبت أنه لم يعلم به وقت وصوله ، وكان عدم العلم لايرجع إلى خطأ منه . وإذ كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الشـــركة المطعـــون ضدها قد أرسلت للطاعن إخطارا بالبريد المسجل على موطنه المختار المبين بالعقد مفصحة عن إرادتها فى عدم تجديد التعاقد لمدة أخرى ، وأن الطاعن هو الذى تسبب بخطئه

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٨٠ – عبد المنعم الصده ص ٩٣ .
(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص١٠٩ ومابعدها .

فى عدم العلم بمضمون هذا الإخطار عند وصوله حيث ترك موطنه المخـــتار المبيـــن فى العقد دون أن يخطر الشركة المطعون ضدها كتابة بتغييره ، فإن الحكم المطعون فيه إذ أعمل الأثر القانونى لهذا الإخطـــار من وقت وصوله إلى الموطن المختار ، فإنه لايكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه " .

(طعن رقم ٩٣ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧١/١٢/٢١)

٢- " مفـــاد نص المادة ٩١ من القانون المدنى أن التعبير عن الإرادة لاينـــتج أثـــره إلا إذا أثبت من وجه إليه أنه لم يعلم به وقت وصوله ، وكان عدم العلم لايرجع إلى خطأ منه " .

(طعن رقم ٤٦٢ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٨٢/١/١٩)

مـــادة (٩٢)

إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره ، فإن ذلك لايمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه ، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل .

الشـــرح

١٤٢ـ أثر الموت وفقد الأهلية فى التعبير عن الإرادة :

كان القانون القديم يمعن فى الأخذ بالإرادة الباطنة إذ كان يربط بين التعبير والشخص الذى أصدره ، فإذا مات هذا الشخص أو فقد أهليـــته قبل أن ينتج التعبير أثره سقطت الإرادة والتعبير وامتنع أن يترتب عليهما أثر .

أمـــا القـــانون المدنـــى الجديد ، وهو يأخذ من الإرادة الظاهرة بنصـــيب أوفر ، يأخذ بالتالى بمبدأ استقلال التعبير ، بمعنى أنه إذا صـــدر التعبـــير انفصل عن صاحبه وأصبح له كيان ذاتى مستقل . فالتعبير عن الإرادة يكون له وجود مادى من وقت صدوره ، ويبقى له هذا الوجود حتى لو مات صاحبه أو فقد أهليته ، فإذا وصل إلى علم من وجه إليه استكمل وجوده القانونى وأصبح صالحا لأن ينتج أثره رغم هذا الموت أو فقد الأهلية .

ولبيان أثر الموت أو فقد الأهلية على أثر التعبير عن الإرادة يجب التفرقة بين ما إذا كان المتوفى أو فاقد الإرادة هو الموجب أو القابل .

١- حالة ما إذا كان المتوفى أو فاقد الأهلية هو الموجب :

انقسم الرأى فى هذه المسألة إلى رأين . رأى يذهب إلى أن الإيجاب يبقى ، فإذا أوصل إلى علم من وجه إليه أنتج أثره ، إذ يستطيع هذا الأخير أن يقبل ، ولكن هذا القبول لايؤدى إلى تمام العقد ، لأن القبول بعد صدوره يوجه من القابل إلى الموجب بمقتضى حكم المادة ٩١ مدنى، وهنا الموجب قد مات أو فقد أهليته ، ولهذا لاينعقد العقد [١].

بينما يذهب رأى ثان إلى أن الإيجاب يبقى وينتج أثره إذا وصل إلى علم من وجه إليه ، وأنه إذا قبل هذا الأخير فإن العقد يتم رغم موت الموجب أو فقد أهليته ، لأن ورثة الموجب أو من يمثله يحلون محله فى العلم بالقبول طبقا لحكم المادة (٩١) ويرتبطون بالعقد [٢].

وهذا الرأى الأخير هو الذى نرى الأخذ به . لأنه لا قيمة للقول بأن التعبير عن الإرادة ينتج أثره رغم موت من صدر منه أو فقده

---

(١) السنهورى ص ١٥٥ ومابعدها – عبد الفتاح عبد الباقى ص ١١٣ – أحمد حشمت أبو ستيت ص ٨٢ .

(٢) عبد المنعم الصده ص ٩٥ .

لأهليـــته إذا كنا لانسلم بتمام العقد فى هذه الحالة فالتسليم بتمام العقد حينئذ هو الذى يتفق مع النص ، لأن الرأى الآخر يؤدى إلى إهدار الإيجـــاب فى نتيجته . ودور الورثة حين يصل إليهم القبول يقتصر على مجرد العلم بتعبير هو تسليم بما صدر عن مورثهم لاسيما وأن هـــذه المسألة لاتظهر أهميتها إلا فى التعاقد بين غائبين . فإذا صدر الإيجاب فى مجلس العقد فلا يثور إشكال من هذا القبيل لأن القبول يصدر فور الإيجاب أو بعده بقليل. وإذا كان الإيجاب بين غائبين ولم تكـــن هناك مدة صريحة يلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه خلالها ، فـــإن هذه المدة تكون ضمنية (٩٣٣ مدنى) لأن المعقول الذى يمكن استخلاصـــــه من الظروف فى هذه الحالة أن يكون الموجب قد أراد ضـــمنا أن يـــبقى على إيجابه المدة اللازمة لوصول الرسالة وتلقى الرد. ومعنى هذا أن يكون الإيجاب ملزما للموجب خلال هذه المدة . فإذا مات الموجب أو فقد أهليته انتقل هذا الالتزام إلى الورثة أو تقيد بـــه من يمثل الموجب . فإذا وصل القبول إلى علم هؤلاء فى حدود هـــذه المدة تم العقد ، وهذه نقطة لاخلاف فيها حين يكون الإيجاب ملزما .

(ب) حالة ما إذا كان المتوفى أو فاقد الأهلية هو القابل :

إذا كـــان الشـــخص الـــذى مات أو فقد أهليته هو القابل بعد أن صـــدر مـــنه القبول . كما إذا كتب زيد لبكر يعرض عليه أن يبيعه

ســلعة ، وأرسل بكر برده متضمنا قبوله ، ولكنه مات أو فقد أهليته قبل أن يصل رده هذا إلى زيد . فهنا يبقى تعبير بكر قائما ، وينتج أثـره عـند اتصاله بعلم زيد ، أى أنه ينهض عندئذ قبولا . ومادام إيجـاب زيـد بـاق لـم يسقط فإن قبول بكر يقترن به فيتم توافق الإرادتين [١].

غـير أن العقد لايتم إذا تبين من الإيجاب أو من طبيعة التعامل أن شـخص القـابل هو محل الاعتبار . فإذا قصد الموجب – وبين هـذا القصـد فى إيجابه صراحة أو ضمنا – أن العقد لايتم إلا مع القـابل بـالذات ، أو كان الأمر المعقود عليه تستعصى طبيعته أن يقـوم بتنفـيذه غير القابل شخصيا ، كما إذا كان هذا فنانا وعرض عليه القيام بعمل يدخل فى فنه ، فإن القبول يسقط بموت القابل [٢].

---

(١) أحمـد حشمت أبو ستيت ص ٨٣- عبد الفتاح عبد الباقى ص ١١٣ – عبد المنعم الصده ص ٩٥ .

(٢) السـنهورى ص ١٥٦ – وكان نص المادة ١٢٦ من المشروع التمهيدى المقـابل لنص المادة ٩٢ مدنى يسوى بين موت أو فقد أهلية من صدر مـنه أو من وجه إليه التعبير . إذ كانت المادة تنص على أن : " لايؤثر فـى صحة التعبير عن الإرادة أن يكون من صدر منه أو من وجه إليه هـذا التعبير قد مات أو فقد أهليته، مالم يتبين العكس من إرادة الطرفين أو من طبيعة التعامل " .

وقـد جاء عن هذه المادة بمذكرة المشروع التمهيدى أنه : " ١- يقضى النص بأن التعبير عن الإرادة لايسقط بموت من صدر منه أو بفقد أهليته وهـذا الحكم ليس إلا نتيجة منطقية للزوم التعبير عن الإرادة . فالالتزام

بالإبقاء على التعبير، أو بعبارة أدق بالارتباط به ، يظل قائما بعد الموت أو فقد الأهلية ، شأنه فى ذلك شأن أى التزام آخر . فإذا كان التعبير عن الإرادة إيجابا وفقد الموجب أهليته قبل صدور القبول ، وجب القبول بداهة إلى نائبه لا إلى شخصه .

ويراعى من ناحية أخرى ، أن التعبير عن الإرادة لايسقط كذلك بوفاة من وجه إليه أو بفقد أهليته قبل القبول ، وإنما يكون لورثة المتوفى أو ممثلى فاقد الأهلية ، فى هذه الحالة ، أن يقوموا مقامه فى القبول ".

٢- " وجود التعبير ، حتى قبل أن يصبح لازما ، لايتأثر هو أيضا بالموت أو بفقد الأهلية، سواء أكان من مات أو فقد أهليته هو الطرف الذى صدر منه الإيجاب ، أم الطرف الذى وجه إليه . وغنى عن البيان، أن حق العدول ينتقل إلى ورثة الشخص أو ممثليه ، إذا حدثت الوفاة أو طرأ فقد الأهلية قبل وصول التعبير " .

٣- " وقد جرى القضاء المصرى على أن موت الموجب ، أو فقد أهليته، قبل القبول ، يستتبع سقوط الإيجاب (استئناف مصر ٩ مارس سنة ١٩٢٠ ، المحاماة ص ٤٤٩ ، وطنطا ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٠ مج و ٣٢ ص٣٠٥) . وليس مذهب هذا القضاء سوى نتيجة منطقية لمبدأ تجرد الإيجاب من قوة الإلزام فى القانون المصرى، ولم يكن بد من أن يؤدى النزاع المبدأ نفسه إلى سقوط التعبير عن الإرادة أيضا ، إذا مات من وجه إليه أو فقد أهليته. واستثناء من هذا المبدأ نصت المادة ٧٢/٥١ من القانون المصرى على أنه "يسوغ أن يحصل قبول الهبة من ورثة الموهوب له إذا كان قد توفى قبل القبول وفى حالة الهبة لمن ليس أهلا للقبول يصح قبولها عن يقوم مقامه " وترد علة هذا الاستثناء إلى خصائص الهبة " .

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٢٩ ومابعدها) .

ونورد فيما يلى المناقشات التى دارت حول المادة :

المشروع فى لجنة المراجعة

تليت المادة ١٢٦ من المشروع .

وأثيرت المسألة الآتية : هل لو مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل وصول التعبير إليه يسقط التعبير ؟

فأجاب معالى السنهوى باشا إن التعبير عن الإرادة عند صدوره يكون موجودا ولكنه لاينفذ إلا بالعلم به . فإذا صدر تعبير ومات صاحبه أو فقد أهليته قبل نفاذ التعبير وجب أن نقول إن التعبير قد سقط بالموت أو فقد الأهلية . أما إذا كان الموت أو فقد الأهلية قد حدث بعد العلم به فإنه يصبح نافذا ولايسقط بالموت أو فقد الأهلية – فينبغى إذن أن يعدل صدر المادة على الوجه الآتى : " **لايؤثر فى نفاذ التعبير عن الإرادة**" بدلا من "**صحة التعبير** " .

فسأله أحد الأعضاء : هل ميعاد القبول يبدأ سريانه من وقت وجود التعبير أو من وقت نفاذه ؟

فأجاب الرئيس : يبدأ سريانه من وقت النفاذ وهذا هو المعقول لأن الطرف الذى وجه إليه التعبير لم يكن عالماً به إلا من ذلك الوقت .

ثم لاحظ الأستاذ الشوربجى بك أنه لو سلمنا بأن موت من صدر منه التعبير أو فقد أهليته لاينبغى أن يؤثر فى نفاذ التعبير فيحسن ألا نسلم بهذا الحكم بالنسبة لمن وجه إليه التعبير فإذا مات هذا أو فقد أهليته قبل أن يقبل ينبغى أن يسقط التعبير ولاتقوم ورثته مقامه فى القبول .

ودارت مناقشة طويلة حول هذه النقطة ، واستقرار الرأى فى النهاية على أن يؤخذ بوجهة نظر الأستاذ الشوربجى بك وأن تحذف عبارة " من وجه إليه " على أن يكون مفهوما أنه فى حالة الهبة إذا مات من وجه إليه الإيجاب بالهبة أو فقد أهليته قبل أن يصدر منه تصريح بالقبول اعتبر السكوت فى هذه الحالة قبولا تتم بهالهبة طبقا لأحكام المادة ١٤٢، ولايقوم إشكال فى هذه المسألة من ناحية جواز قبول الورثة مكان المورث (راجع المادة ٥١ من القانون المدنى الحالى) .

ثم لاحظ أحد الأعضاء أن عبارة " ما لم يتبين العكس من إرادة الطرفين" فى حاجة إلى تعديل لأن العكس فى هذا الفرض لايمكن استخلاصه إلا من إرادة من صدر منه التعبير لا من إرادة الطرفين معا فالواجب إذن أن يعدل النص بهذا المعنى .

وبعد المناقشة وافقت اللجنة على كل هذه التعديلات وأصبح النص فى صيغته النهائية هو الآتى :

" إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره فإن ذلك لايمن من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه ، هذا مالم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل".

وأصبح رقم المادة ٩٤ فى المشروع النهائى .

المشروع فى مجلس النواب

وافق المجلس على المادة دون تعديل تحت رقم ٩٤ .

المشروع فى مجلس الشيوخ

مناقشات لجنة القانون المدنى :

محضر الجلسة الثامنة والأربعين

عرضت اللجنة للمادتين ٩٤ ، ٩٥ وكانت قد حذفت الفقرة الثانية من المادة ٩٥ ، وقد طلب معالى السنهورى باشا إعادة هذه الفقرة للسبب الذى سبق أن شرحه عند بحث المادة ٩٣، ووافقته اللجنة على ذلك . وقد علق معاليه على المادة ٩٤ بقوله أن النظرية الحديثة تفيد أن الإرادة لاتموت ، أو لاتنعدم بوفاة الشخص الذى تصدر عنه بخلاف النظرية القديمة التى تقول أن الإرادة مظهر نفسى تموت بموت الشخص .

قرار اللجنة :

وافقت اللجنة على المادتين ٩٤ ، ٩٥ من غير تعديل .

وأصبح رقم المادة ٩٢ .

محضر الجلسة الستين

اقترح سعادة توفيق دوس باشا تعديل المادة ٩٢ إلى النص الآتى :

" ينقضى التعبير عن الإرادة بموت صاحبه أو بفقد أهليته قبل أن يتصل التعبير بعلم من وجه إليه " .

وقال سعادته إن النص المقترح أفضل من نص المشروع الذى يخالف المستقر والمألوف فى مصر وفرنسا لأنه قد يفضى إلى الإضرار بورثة المتوفى أو فاقد الأهلية . إذ قد لايتيسر للورثة أو ممثل فاقد الأهلية الإحاطة فى الوقت المناسب بتصرفات من عبر عن الإرادة .

قرار اللجنة :

لم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن التعبير عن الإرادة متى صدر صحيحا ارتبطت به مصالح لايجوز إهدارها بسبب حادث طارئ هو موت من صدر منه هذا التعبير أو فقده لأهليته، ولا يبقى بعد ذلك من سند للاقتراح إلا الإبقاء على المألوف الذى لايستند إلى أساس فقهى أو منطق سليم بل الفقه والمنطق يقضيان بالاعتراف للتعبير عن الإرادة بكيان ذاتى وهذا الوضع أكثر ضمانا لاستقرار المعاملات وحماية المصالح .

محضر الجلسة الثانية والستين

المادة ٩٢ – يقول حضرات مستشارى محكمة النقض والإبرام إن حكم المادة ٩٢ يخالف المستقر والمألوف فى مصر وفرنسا فلا يجوز الخروج عليه لمجرد متابعة نظرية الإرادة المنفردة لما يترتب على ذلك من ضرر يلحق ورثة المتوفى أو فاقد الأهلية إذ قد لايتيسر للورثة أو ممثل فاقد الأهلية الإحاطة فى الوقت المناسب بتصرفات من عبر عن الإرادة فأولى أن تبقى القواعد المرعية فى هذه المسألة من أن تستبدل بها أوضاع غير مألوفة فى مصر يتطلب فهمها الرجوع إلى مصادر أجنبية. ولذلك فحضراتهم يقترحون أن يستبدل بالمادة ٩٢ النص الآتى :

"ينقضى أثر التعبير عن الإرادة بموت صاحبه أو بفقد أهليته قبل أن يتصل العبير بعلم من وجه إليه " .

وقد طلب حضرة مندوب الحكومة رفض الاقتراح لأن التعبير عن الإرادة متى صدر صحيحا ارتبطت به مصالح لايجوز إهدارها بسبب

حادث طارئ هو موت من صدر منه هذا التعبير أو فقده لأهليته وذكر حضرته أنه ليس لهذا الاقتراح من سند إلا الإبقاء على المألوف ولكن هذا المألوف لايستند إلى أساس فقهى أو منطق سليم ، بل الفقه والمنطق يقضيان بالاعتراف للتعبير عن الإرادة بكيان ذاتى لأن هذا الوضع أكثر ضمانا لاستقرار المعاملات وحماية المصالح .

قرار اللجنة :

عدم الأخذ بالاقتراح .

ملحق تقرير اللجنة :

اقترح الاستعاضة عن المادة ٩٢ بالنص الآتى : (ينقضى التعبير عن الإرادة بموت صاحبه أو بفقد أهليته قبل أن يتصل التعبير بعلم من وجه إليه) لأن نص المشروع فى هذه المسألة يخالف المستقر والمألوف فى مصر وفرنسا ، ولأنه قد يفضى إلى الإضرار بورثة المتوفى أو فاقد الأهلية (إذ قد لايتيسر للورثة أو ممثل فاقد الأهلية الإحاطة فى الوقت المناسب بتصرفات من عبر عن الإرادة) . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن التعبير عن الإرادة متى صدر صريحا ارتبطت به مصالح لايجوز إهدارها بسبب حادث طارئ هو موت من صدر منه هذا التعبير أو فقده لأهليته ولايبقى بعد ذلك من سند للاقتراح إلا الإبقاء على المألوف، ولكن اللجنة راعت أن هذا (المألوف) لايستند إلى أساس فقهى أو منطق سليم . بل الفقه والمنطق يقضيان بالاعتراف للتعبير عن الإرادة بكيان ذاتى ومثل هذا الوضع أكثر ضمانا لاستقرار المعاملات وحماية المصالح .

مناقشات المجلس :

وافق المجلس على المادة كما أقرتها اللجنة .

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ٣٢ ومابعدها) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" حق الشريك فى إقرار عقد القسمة الذى لم يكن طرفا فيه يظل قائما له ما بقيت حالة الشيوع ويكون لورثته من بعده ، ذلك أن عقد القسمة ليس من العقود التى لشخصية عاقديها اعتبار فـــى إبرامهـــا لأنها لو لم تتم بالرضا جاز إجراؤها قضاء ، ولايحول دون مباشرة الورثة لهذا الحق كون العقد الذى لم يوقعه أحد الشركاء ممن خص بنصيب مفرز فيه يعتبر بمثابة إيجاب موجه إلى ذلك الشريك فـــلا خلافة فيه إذ هو فى قصد من وقعه إيجـــاب لا لشـــخص الشـــريك الآخر بالذات بل لكل من يتملك نصيبه ، ومن ثم فإنـــه لاينقضـــى بموت ذلك الشريك " .

(طعن رقم ٧٨ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/٥/١٩)

مــادة (٩٣)

١- إذا عيــن ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضى هذا الميعاد .

٢- وقــد يســتخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة .

الشرح

١٤٣ـ تعيين ميعاد القبول :

إذ عيــن الموجب ميعادا للقبول ، فإن هذا الإيجاب يكون ملزما بذاتــه ، ولايجــوز للموجب الرجوع عن هذا الإيجاب قبل انقضاء المــيعاد المحدد ، ويكون أساس التزام الموجب فى هذه الحالة هى الإرادة المنفردة .

وإذا رجــع الموجــب عن إيجابه قبل انقضاء هذا الميعاد ، فإن رجوعــه لايترتب عليه أى أثر ، بل يظل الإيجاب قائما بحيث إذا صــادفة قبول قبل حلول الميعاد انعقد العقد. فهذا هو مقتضى التزام الموجب بالبقاء على إيجابه فى هذه الحالة .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يظل الموجب مرتبطا بإيجابه فى خلال الميعاد المحدد للقبول ، مــتى حــدد له ميعاد ، سواء فى ذلك أن يصدر الإيجاب لغائب أو لحاضــر . فــإذا انقضــى المــيعاد ولم يصدر القبول ، فلا يصبح

الإيجاب غير لازم فحسب، بعد أن فقد ما توافر له من قوة الإلزام ، بل هو يسقط سقوطا تاما .

وهـذا هـو التفسير المعقول لنية الموجب . فهو يقصد ألا يبقى إيجابـه قائمـا ، إلا فـى خـلال المدة المحددة ، مادام قد لجأ إلى الـتحديد. وقد يتصور بقاء الإيجاب قائما بعد انقضاء الميعاد ، ولو أنـه يصبح غير لازم . ولكن مثل هذا النظر يصعب تمشيه مع ما يغلـب فى حقيقة نية الموجب ، ويراعى أن القول بسقوط الإيجاب، عـند انقضاء الميعاد ، يستتبع اعتبار القبول المتأخر بمثابة إيجاب جديد . وهذا هو الرأى الذى أخذ به المشروع فى نص لاحق.

وغـنى عن البيان أن الإيجاب الملزم يتميز فى كيانه عن الوعد بالتعاقد ، فالأول إرادة منفردة والثانى اتفاق إرادتين " [١].

١٤٤ـ الميعاد الصريح والميعاد الضمنى :

قـد يكون الميعاد المقترن بالإيجاب ميعادا صريحا كما قد يكون ضـمنيا وقـد عـبرت الفقرة الثانية من المادة عن الميعاد الضمنى بقولهـا : " وقـد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة " .

فالمـيعاد الصـريح يكـون بتحديد الميعاد صراحة بمدة معينة كأسبوع مثلا أو شهرا أو غير ذلك .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٣٦ .

أمـــا المـــيعاد الضـــمنى ، فهو ذلك الذى يستخلص من ظروف الحـــال أو مـــن طبيعة المعاملة . فإذا عرض شخص أن يبيع شيئا تحت التجربة فإن هذا الإيجاب يستفاد منه أن صاحبه قصد الارتباط بإيجابه طول المدة اللازمة للتجربة ، وعند النزاع فى تحديد الميعاد يترك التقدير للقاضى .

وإذا صـــدر الإيجاب لغائب دون أن يحدد ميعادا صريحا للقبول فـــإن الموجـــب يبقى ملتزما بإيجابه إلى الوقت الذى يتسع لوصول قـــبول يكون قد صدر فى وقت مناسب وبالطريق المعتاد ، وله أن يفـــرض أن إيجابه قد وصل غير متأخر . ففى هذه الصورة أيضا يوجـــد ميعاد ضمنى تقضى به طبيعة المعاملة وظروفها ، وذلك فى حـــدود مـــا قدر من وقت لوصول الرسالة وتلقى الرد . فإذا تأخر وصول هذا أو تلك فإن الموجب لايلتزم إلا فى حدود المدة المقدرة لهـــذا الوصـــول . وإذا تقدم شخص بعطاء فى مناقصة فإنه يلتزم بالـــبقاء علـــى إيجابـــه إلى الوقت الذى تفض فيه المظاريف ، لأن الإيجاب فى هذه الصورة يقترن بميعاد ضمنى هو الوقت الذى حدد لإرساء المناقصة [١].

---

(١) عبد المنعم الصده ص ١٠٤ ومابعدها– عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٥١ ومابعدها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويكون تحديد الميعاد فى غالب الأحايين صريحا ، ولكن قد يقع أحيانا أن يستفاد هذا التحديد ضمنا ، من ظروف التعامل أو طبيعته ، فإذا عرض مالك آلة أن يبيعها تحت شرط التجربة ، فمن الميسور أن يستفاد من ذلك أنه يقصد الارتباط بإيجابه ، طوال المدة اللازمة للتجربة . وعند النزاع فى تحديد الميعاد يترك التقدير للقاضى . وتختلف هذه الصورة عن صورة الإيجاب الموجه إلى الغائب ، بغير تحديد صريح أو ضمنى لميعاد ما ، وقد عالجها المشروع فى المادة التالية ، فقضى بأن يبقى الموجب ملتزما بإيجابه إلى الوقت الذى يتسع لوصول قبول يكون قد صدر فى وقت مناسب وبالطريق المعتاد "[1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"لقاضى الموضوع فى حالة صدور الإيجاب لغائب دون تحديد صريح لميعاد للقبول أن يستخلص من ظروف الحال وطبيعة المعاملة وقصد الموجب الميعاد الذى التزم البقاء فيه على إيجابه ، والقاضى فيما يستخلصه من ذلك كله وفى تقديره للوقت الذى يعتبر مناسبا لإبلاغ القبول لايخضع لرقابة محكمة النقض متى كان قد بين فى حكمه الأسباب المبررة لوجهة النظر التى انتهى إليها ،

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ٣٧ .

والمحكمـــة وهـــى بســـبيل استخلاص الميعاد الذى قصد الموجب الالـــتزام فـــيه بإيجابه لها أن تتحرى هذا القصد من كل ما يكشف عنه، ولاتثريب عليها إذا استظهرته من أفعال تكون قد صدرت من الموجب بعد تاريخ الإيجاب وكشفت عن قصده هذا، كما أنه لا على المحكمـــة فى حالة صدور الإيجاب من شركاء متعددين عن صفقة واحـــدة أن تستدل على قصدهم المتحد بأمور تكون قد صدرت من أحدهم كاشفة لهذا العقد ".

(طعن رقم ١٨٧ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٧/٢)

١٤٥ـ حالة عدم تعيين ميعاد للقبول :

إذا لـــم يتضـــمن الإيجـــاب تحديد موعد للقبول فإنه يكون غير ملـــزم. فـــإذا كـــان لايجمع الموجب بمن وجه إليه الإيجاب مجلس واحدا لا حقيقة ولاحكما ، فإن هذا الإيجاب يسقط بأحد سببين .

أمـــا السبب الأول ، فهو رجوع الموجب عن إيجابه بشرط أن يصـــل هـــذا الرجوع إلى علم من وجه إليه الإيجاب قبل أن يصل قبوله إلى علم الموجب. ذلك التعبير عن ذلك الرجوع باعتباره تعبيرا عن الإرادة لاينتج أثره طبقا للقاعدة العامة التى نصت عليها المادة ٩١ مدنـــى إلا من الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه . ولهذا إذا كـــان التعبير عن القبول قد وصل إلى علم الموجب قبل أن ينتج التعبـــير عن الرجوع أثره ، فإنه العقد يكون قد انعقد لأن التراضى

يتحقق بمجرد اتصال التعبير عن القبول بعلم الموجب ، ولا يمكن بعد تحقق التراضى وانعقاد العقد أن يسحب الموجب إيجابه الذى ارتبط بالقبول ارتباطا لايمكن بعده الفصل بينها .

وأما السبب الثانى لسقوط مثل ذلك الإيجاب ، فهو رفضه ممن وجه إليه ، سواء أكان هذا الرفض، رفضا محضا أو رفضا مقيدا ، رفضا صريحا أو ضمنيا [1].

(أنظر حالة خاصة لسقوط الإيجاب فى شرح المادة ٩٩ مدنى).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا لم يعين ميعاد للقبول فإن الإيجاب لايسقط إلا إذا عدل عنه الموجب ، فإن بقى الموجب على إيجابه حتى صدور القبول من المعروض عليه الإيجاب فقد تم العقد بتلاقى الإرادتين ومن ثم لا فلا يجوز بعد ذلك لأى من الطرفين بإرادته المنفردة التنصل منه أو التحلل من آثاره " .

(طعن رقم ٥٢ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٤/١٨)

---

(١) جلال على العدوى ص ١٢١- عبد الفتاح عبد الباقى ص١٣٣ ومابعدها.

مـــادة (٩٤)

١ – إذا صـــدر الإيجاب فى مجلس العقد ، دون أن يعين ميعاد للقبول ، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا ، وكذلـــك الحـــال إذا صـــدر الإيجـــاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأى طريق مماثل .

٢ – ومـــع ذلـــك يتم العقد ولو لم يصدر القبول فورا ، إذا لم يوجـــد مـــا يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه فى الفترة ما بين الإيجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد.

الشـــــرح

١٤٦ـ المقصود بمجلس العقد :

مجلس العقد هو الذى يكون التعاقد فيه بين حاضرين وأن يكون الطرفيـــن علـــى اتصـــال مباشر ، بحيث لاتكون هناك فترة زمنية تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به .

ويـــتحقق ذلـــك عادة باجتماع الطرفين فى مكان واحد ، فيكون مجلس العقد حينئذ قد اتحد حقيقة .

وقـــد يـــتحقق ذلك رغم اختلاف مكان كل من الطرفين إذا كان بيـــنهما اتصال مباشر يجعل الموجب يعلم بالقبول فور صدوره إذا

كانا متصلين بطريق التليفون أو الإنترنيت أو بطريق مماثل، فيكون مجلس العقد حينئذ قد اتحد حكما .

ويظـل مجلـس العقـد بهـذا المعنى قائما طالما كان الطرفان منشـغلين بالـتعاقد وينفض إذا صرف المتعاقدين أحدهما أو كليهما عن التعاقد شاغل آخر حتى لو ظلا يجمعهما مكان واحد [(١)].

١٤٧ـ تحلل الموجب من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا فى مجلس العقد :

إذا جمـع المتعاقدين مجلس واحد أى إذا اتحد المجلس حقيقة أو حكما ، فالأصل أن من يوجه إلى الطرف الآخر إيجابا لم يعين فيه مـيعادا للقـبول ، أن يصدر من الآخر قبولا فوريا بمجرد صدور الإيجـاب . فلا يفصل وقت بين الإيجاب والقبول وإلا كان للموجب أن يتحلل من إيجابه ويعتبر أن الطرف الآخر قد رفضه فسقط.

وفـى هذا من الضيق والحرج مالا يخفى . ولذلك خفف القانون مـن حدة الوضع بالالتجاء إلى الشريعة الإسلامية ، وجعل الإيجاب يبقى قائما مادام مجلس العقد لم ينفض بالتفصيل السابق .

وإذن فليس من الضرورى أن يكون القبول فورا ، بل يجوز أن يـبقى الموجب له يتدبر الأمر شيئا من الوقت ، حتى إذا عقد العزم على القبول فعل ذلك . ويكون قبوله صحيحا بشرطين :

---

(١) عبد المنعم الصده ص ١٢١ ومابعدها .

(الشــرط الأول) أن يبقى كل من المتعاقدين منشغلا بالتعاقد. فإذا انصرف أى منهما إلى شىء غيره اعتبر مجلس العقد قد انفض وسقط الإيجاب .

(الشرط الثانى) أن يبقى الموجب على إيجابه ، فلا يرجع فيه أثناء المدة التى يبقى فيها مجلس العقد قائما [1].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" بعد أن عين المشروع المدة التى يكون الإيجاب خلالها ملزما عــند تحديد ميعاد له واجه الحالة التى لايحصل فيها تحديده وينبغى التمييز فى هذا المقام بين صورتين :

(أ) فيلاحظ أولا أن الإيجاب إذا وجه لشخص حاضر وجب أن يقــبله مــن فــوره. وينزل الإيجاب الصادر من شخص إلى آخر بالتلــيفون أو بأية وسيلة مماثلة منزلة الإيجاب الصادر إلى شخص حاضر .

وقــد أخذ المشروع فى هذه الصورة عن المذهب الحنفى قاعدة حكيمة . فنص على أن العقد يتم ولو لم يحصل القبول فور العقد ، إذا لــم يصـــدر قبل افتراق المتعاقدين ما يفيد عدول الموجب عن إيجابــه الفترة التى تقع بين الإيجاب والقبول . وقد رؤى من المفيد

---

(١) السنهورى ص ١٧٨ – عبد المنعم الصده ص ١٢٢ .

أن يـــأخذ المشروع فى هذه الحدود ، بنظرية الشريعة الإسلامية فى اتحاد مجلس العقد .

(ب) أما إذا صدر الإيجاب لغائب فيبقى الموجب مرتبطا به إلى أن ينقضـــى المـــيعاد الذى يتسع عادة لوصول القبول إليه ، فيما لو كان قد أرسل هذا القبول دون إرجاء لاتبرره الظروف وللموجب أن يفترض أن إيجابه به قد وصل فى الميعاد المقرر لوصوله" [١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ١ ص ٤٢ .

مـــادة (٩٥)

إذا اتفـــق الطـــرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد ، واحـــتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقـــد لايتم عند عدم الاتفاق عليها ، اعتبر العقد قد تم . وإذا قام خـــلاف علـــى المســـائل التى لم يتم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضـــى فـــيها طـــبقا لطبـــيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة.

الشـــرح

١٤٨ـ اتـفـاق الطـرفين عـلى جمـيع المسائل الجوهرية فى العقد :

قـــد يـــتفق الطـــرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد ، ولكنها يحتفظان بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولايشترطان أن العقـــد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ومع ذلك فإن العقد يعتبر قد تم .

ونعرض لذلك بالتفصيل فيما يلى .

١٤٩ـ الاتـفاق على الشروط الجوهرية لانعقاد العقد :

لم يحدد النص المقصود بالشروط الجوهرية لانعقاد العقد .

وأثـــناء عرض مشروع المادة على لجنة المراجعة لاحظ بعض الأعضاء أن التمييز بين المسائل الجوهرية والمسائل التفصيلية أمر

دقيق في بعض الأحوال فلا يحسن تركه لتقدير القاضي خشية التحكم . إلا أن اللجنة لم توافق على ذلك [١].

ويجب أن يتم تحديد المسائل الجوهرية بمعيار موضوعي وبمعيار شخصي .

والمقصود بالمعيار الموضوعي هو ضرورة توافر الاتفاق على ما يعتبر من الأركان اللازمة قانونا لانعقاد العقد وهي التراضي والمحل والسبب ، وبالإضافة إلى ذلك يجب توافر الأركان المحددة لكل عقد من العقود المسماة ، فإذا كان العقد إيجارا فإن المسائل الجوهرية تشمل العين المؤجرة والأجرة والمدة وسائر الشروط الجوهرية [٢].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" ويراعى من ناحية أخرى أن المشروع قد جعل من " طبيعة الموضوع" عنصرا من عناصر التوجيه ، التي يسترشد بها القاضي في إكمال العقد ، وقد اقتبس هذه العبارة من المادة الثانية من تقنين الالتزامات السويسري " [٣].

وقد رفضت محكمة النقض انعقاد البيع في حالة عدم الاتفاق على العين المبيعة .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ٤٧ .

(٢) السنهوري ص ١٨٢ – المستشار محمد شتا ص ٤٩٦ ومابعدها .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٤٧ .

إذ قضت بأن :

١- " متى كان الحكم قد حصل تحصيلا سائغا أن البيع محل الدعوى لم ينعقد لعدم الاتفاق على العين المبيعة وأن كل ما حصل إذن إن هو إلا مجرد أعمال تحضيرية لم تنته باتفاق ملزم للطرفين، وبناء على ذلك رفض دعوى صحة التعاقد على هذا البيع فلا يقبل النعى عليه أنه أخطأ فى تطبيق القانون على واقعة الدعوى ".

٢- " متى كان الإقرار المتنازع على تكييفه صريحا فى الإفصاح عن قبول المقر البيع بالشروط التى ارتضاها وكان المتمسك بهذا الإقرار ينازع فى انعقاد البيع على أساس هذه الشروط ، فلا يمكن مع هذا القول بتلاقى الإيجاب والقبول اللازمين لانعقاد البيع " .

(طعن رقم ٨٨ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/١/١٩)

أما المعيار الشخصى ، فيكون خارج إطار أركان العقد الجوهرية ليشمل المسائل التى تكون جوهرية بالنظر إلى طبيعة وظروف العقد والتعاقد . وتكون المسألة جوهرية إذا كان هناك ما يفيد أن أحد المتعاقدين لم يكن ليبرم العقد لو لم يتم الاتفاق بشأنها ويكفى لاعتبار المسألة جوهرية أن تكون كذلك بالرجوع إلى الإرادة الفردية لأحد أطرافه ولكن سرعان ما يتقارب الاتجاهان إذا أدخلنا الاتجاه الثانى حيز التطبيق فإذا كان يكفى الاعتداد بإرادة أحد

المتعاقدين لاعتبار المسألة جوهرية ، إلا أن تلك الإرادة لايجب أن تظل أمرا نهائيا بل لابد من إظهار ذلك بصورة أو أخرى للطـــرف الآخر .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " تنص المادة ٩٥ من القانون المدنى على أنـــه " إذا اتفـــق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترطا أن العقد لايتم عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد قد تم .... " وإذ كان الحكم المطعون فيـــه قد أثبت فى بيانه لوقائع الدعوى نص قرار اللجنة العليا للإصـــلاح الزراعى - الذى احتج به الطاعنون على تمام عقد البيع - بقولـــه أنه " بتاريخ ١٩٥٤/٦/١٢ وافقت اللجنة العليا للإصلاح الزراعـــى على بيع ستة أفدنة للمستأنفين لقاء ثمن قدره ٣٥٠ج للفدان مقســـطا على سبع سنوات .... مع تطبيق باقى الاشتراطات التى تـــرد فـــى عقد البيع الذى يحرر بمعرفة الإدارة القانونية للهيئة " وأشار إلـــى المستندات التى تضمنها ملف الإصلاح الزراعى المرفق بـــالأوراق ومنها طلب كشف تحديد المساحة المقدمة صورة رسمية منـــه مـــن الطاعنين وهو موقع عليه منهم بوصفهم مشـــترين ومـــن منـــدوب الحكومة عن الهيئة العليا للإصلاح الزراعى بوصفها بائعة ، ومنها أيضا كتاب إدارة الملكية والتعويض ردا علـــى طلـــب الطـــاعنين

تحرير العقد النهائى الذى يتضمن أن " الهيئة ستقوم بإعـداد عقـد البيع النهائى والسير فى إجراءات تسـجيله فـور تسـجيل قـرار الاستيلاء على أطيان وقف ... التى تقع المساحة ضـمنها " وكـان قرار اللجنة المشار إليه قد تضمن فى عبـارات صـريحة تحديـد طرفى العقد والعين المبيعة والثمن – فإن الحكم المطعـون فيـه إذ رأى فى " تفسير قرار الهيئة سالف الذكر أنـه لايعـدو أن يكـون مشروع عقد بيع وأن عقد البيع لم ينعقد ، ذلك أن الهيئـة علقـت قرارها المذكور على تحرير عقد البيع بمعرفة الإدارة القانونية لها وبالشروط التى ترى هذه الإدارة ذكرها فى العقد ، ومادام هذا لـم يتم فإن عقد البيع لاينعقد " دون أن يتناول بحث مستندات الطاعنين التى أشار إليها ، ويقول كلمته فى دلالتها فى موضوع النزاع ، فإنه فضلاعن مسخهماتضمنه القرار المشار إليه يكون مشوبا بالقصور" .

(طعن رقم ٣٥٢ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/١/١٦)

٢- " المقرر – وعلى ما جرى به قضاء النقض – أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى تفسير الاتفاقات والمشارطات وسـائر المحررات بما تراه أدنى إلى نية عاقديها مستهدية فى ذلك بظروف الدعوى وملابساتها ولارقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك مادامت لا تخرج فى تفسيرها عن المعنى الذى تحتمله عبارات الاتفاق ".

(طعن رقم ١٨٨٠ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢٩)

١٥٠ـ الاحتفاظ بمسائل تفصيلية :

المقصود بالمسائل التفصيلية ، تلك التى لاتعتبر من المسائل الجوهرية فى العقد ، ومثل ذلك ملحقات الشىء المبيع أو المؤجر وتوابعه التى يجب أن تسلم معه ، ومكان وزمان تسليم المبيع أو العين المؤجرة ومكان وزمان دفع الثمن أو الأجرة والإصلاحات التى يستلزمها الانتفاع بالعين المؤجرة(١) .

فليس من الضرورى لقيام العقد أن يرد توافق الإرادتين عليها بطريق مباشر ، فإذا لم يتفقا عليها واحتفظا بهذه المسائل يتفقان عليها فيما بعد دون أن يشترطا أن عدم اتفاقهما بشأنها يمنع من انعقاد العقد ، فإن العقد ينعقد باتفاقهما عليها فيما بعد ، وحتى إذا لم يتفقا عليها فيما بعد فإن ذلك لايؤثر على العقد ، ويتولى القاضى تحديدها كما سنرى (٢).

أما إذا ثار بين الطرفين خلاف حول هذه المسائل التفصيلية لم يصلا إلى حسمه أو فى الأقل لم يصلا إلى إرجاء حسمه إلى وقت تال ، فإن العقد كله لايقوم مهما كانت المسألة التى ثار بشأنها الخلاف . فإذا انعقد رضاء البائع والمشترى مثلا على الشىء المبيع والثمن وكل شروط البيع الأخرى ، فيما عدا ما تعلق منها بوقت

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٦٢ .

(٢) أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٠١ ومابعدها– عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٦٢ ومابعدها .

دفــع الثمن فطلب البائع دفعه فورا ، وصمم المشترى على أن يدفع جزءا منه مهما قل فى وقت تال مهما قصر فإن البيع فى مجموعه لايقوم .

وتحديــد ما إذا كان الأمر المتفق عليه بين الطرفين على إرجاء نظــرهما فيه يمثل أمرا جوهريا أم ثانونيا هو مما يتعلق بالتكييف ، ومن ثم فهو يكون من مسائل القانون ، يخضع قاضى الموضوع فى شأنه لرقابة محكمة النقض [1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مــتى كــان الحكم قد قرر أن العقد الصادر من المورث لزوجــته هو عقد بيع عين فيه المبيع والثمن وأن لاعبرة بعدم ذكر قــبض الثمــن فى العقد بعد تعيينه فإن الحكم لا يكون قد أخطأ فى القــانون لأن مطلــق البيع يفيد التزام المشترى بدفع الثمن المسمى ولأن المــادة ٤٨٨ مدنـــى تجيز أن يكون العقد المشتمل على الهبة موصوفا بعقدآخر وتجعل مناط صحة الهبة المستترة أن يكون العقد الــذى يســترها مستوفى الأركان والشرائط القانونية فإن كان العقد السائر بيعا ولم ينص فيه على ثمن أو أبرئ المشترى من الثمن أو وهب له فالعقد هبة لاتصح قانونا إلا إذا كانت حاصلة بعقد رسمى".

(طعن رقم ٢٥ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٨/٦/٩)

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٦٤ .

٢- "إذا اتفق طرفا العقد على جميع المسائل الجوهرية واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لايتم عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد قد تم وإذا قام بينهما خلاف على المسائل التى أرجئ الاتفاق عليها كان لهما أن يلجئا إلى المحكمة للفصل فيه " .

(طعن رقم ٣٣٧ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٧/١/٢٦)

١٥١- فصل المحكمة فى المسائل التفصيلية التى لم يتم الاتفاق عليها :

إذا احتفظ المتعاقدان بمسائل تفصيلية يتم الاتفاق عليها بينهما فيما بعد ، ولم يشترطا أن العقد لايتم عند عدم الاتفاق عليها ، ولكنهما اختلفا عليها فيما بعد فإن القاضى هو الذى يفصل فى هذه المسائل طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة . فإن اتفق المتعاقدان فى عقد البيع على المبيع والثمن والشروط الجوهرية الأخرى ، ولم يتفقا على مكان الوفاء بالثمن ، فإن القاضى يفصل فى هذه المسألة طبقا للمادة ١/٤٥٦ مدنى التى تنص على أن يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .

وإذا اتفق المؤجر والمستأجر على العين المؤجرة – التى لاتخضع لقوانين الإيجار الاستثنائية – وقيمة الأجرة ومدة الإيجار ،

ولم يبينا من منهما يتحمل أجر البواب أو أجرة الخفر أو اشـــتراك المياه فصل القاضى فى هذه المسائل على ضوء العرف .

ويرى البعض أن مهمة القاضى فى هذه الحالـــة تخـــرج عـــن المألوف من عمله ، فهو لايقتصر على تفســير مـــا اتفــق عليـــه المتعاقدان ، بل يجاوز ذلك إلى تدبير ما اختلفا فيه ، فهو إذن يساهم فى صنع العقد [1]. ويوجه هذا الحكم فيما انطوى عليه من جرأة أنه مادام المفروض أن المتعاقدين قد أرادا إبرام العقد ولو لم يتفقا على هذه المسائل غير الجوهرية ، استتبع ذلك أن نفرض أيضـــا أنهمـــا أرادا أن يحل القاضى محلهما ليبت فيما اختلفا فيه ، لأن هذا هـــو السبيل الوحيد للملاءمة بين ما اتفقا عليه من إبرام العقد وما اختلفـــا فيه من مسائل .

---

(١) السنهورى ص ١٨٢ – عبد المنعم الصده ص ١٠٨ وعكس ذلك أحمـــد حشمت أبو ستيت ص ١٠٢ – فيذهب إلى أنه : " قد يقال بأن القـــانون الجديد بتخويله للقاضى مثل هذه السلطة الواسعة قد خالف أصلا مقررا ، هو أن القاضى ليس من وظيفته إنشاء العقود وإنما تفسيرها بغية إنفـــاذ حكمها فى المتعاقدين ، وهنا يكون القاضى قد أسهم فى إنشـــاء العقـــد مخالفا ذلك الأصل . لكن لامحل لمثل ذلك القول ، فإن عمـــل القاضـــى فيما نحن بصدده ليس إنشاء للعقد وإنما هو توسع فى سلطته من حيث التفسير، وإن أدى ذلك إلى استكمال ما نقص من إرادة الطرفين . والذى يؤكد أننا مازلنا فى نطاق التفسير هو أنه لو اتضح أن إرادة الطرفين لم تقصد إلى إبرام العقد إلا إذا تم الاتفاق على تلـــك المســـائل التفصـــيلية لامتنع على القاضى تطبيق النص ولقضى بعدم انعقاد العقد .

ويؤيدون رأيهم بما جاء بمذكرة المشروع التمهيدى من أنه :

" وفــى هــذه الحالــة يــتولى القاضى أمر الفصل فى المسائل التفصيلية التى أرجئ الاتفاق عليها ما لم يتراض العاقدان بشأنها ، وعلى هذا النحو يتسع نطاق مهمة القاضى ، فلا يقتصر على تفسير إرادة العاقدين بل يستكمل ما نقص منها "[1].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ١ ص ٤٦ .

مـادة (٩٦)

إذا اقـترن القـبول بما يزيد فى الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه، اعتبر رفضا يتضمن إيجابا جديدا [١].

الشـرح

١٥٢ ـ اقتران القبول بما يزيد فى الإيجاب أو يقيد منه :

رأيـنا سـلفا أنه لكى يتم العقد ، ينبغى أن يكون القبول مطابقا للإيجاب تمام المطابقة .

فإذا اقترن القبول بما يزيد فى الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه، فـلا يكـون فـى حكم القبول الذى يتم به التعاقد وإنما يعتبر بمثابة إيجـاب جديـد لا ينعقد به العقد ، إلا إذا صادفه قبول من الطرف الآخر .

---

(١) كانـت هذه المادة ، كما وردت بالمشروع التمهيدى برقم (١٤١) تنص علـى أن : "١- يعتبر القبول بعد الميعاد بمثابة إيجاب جديد . ومع ذلك إذا كان القبول قد أرسل فى الوقت المناسب ، ولكنه وصل إلى الموجب بعد الميعاد ، وكان الموجب ينوى ألا يرتبط بهذا القبول ، وجب عليه ، إن علم أن القبول رغم تأخره فى الوصول قد أرسل فى الوقت المناسب، أن يخطـر الطرف الآخر فورا بتأخر القبول ، فإذا تهاون فى الإخطار اعتبر القبول غير متأخر " .
٢- إذا اقـترن القـبول بما يزيد فى الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه ، اعتـبر رفضـا يتضمن إيجابا جديدا " - إلا أن لجنة المراجعة قررت حذف الفقرة الأولى من المادة .

٥- " إذ كان إيجاب الطاعن قد تضمن شرطا يتعلق بتحديد مدة العقـــد بســـنة واحـــدة لايقـــبل زيادتها إلا باتفاق جديد وكان الثابت بالأوراق أن قبول الشركة المطعون ضدها بإصدار أمر التوريد رقم ١٦ يتضـــمن تعديلا فى مدة العقد بتقرير حق لها فى وقف التوريد دون أن يكـــون للطاعـــن حـــق الرجوع عليها فإن مثل هذا القبول لإيجـــاب الطاعـــن يعتبر رفضا له ولايتلاقى معه فلا يتم به التعاقد بينهما ويعتبر إيجابا جديدا منها رفضه الطاعن بكتابه إليها المؤرخ ١٩٩١/٧/٣٠ ، فـــإن الحكـــم المطعون فيه وقد انتهى إلى قيام هذا التعاقد بين الطرفين بموجب قبولهما المتمثل فى أمر التوريد وقضى بمســـئولية الطاعن عن عدم تنفيذه يكون قد خالف القانون بما انساق إليه من مخالفة للثابت بالأوراق " .

(طعنان رقما ١٦٩٦ ، ١٨٦٥ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢٠٠١/١/٢٣
- لم ينشر بعد)

مـادة (٩٧)

١- يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم فى المكان وفى الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، ما لم يوجد اتفـاق أو نـص قانونى يقضى بغير ذلك .

٢- ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول فـى المكـان وفـى الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول .

الشـــرح

التعاقد ما بين الغائبين :

١٥٣ـ المقصود بالتعاقد ما بين الغائبين :

المقصود بالتعاقد ما بين الغائبين ، التعاقد الذى يتم بين طـرفين لايجمعهما مجلس واحد، وذلك بطريق من طرق المراسلة المختلفة، خطاب أو برقية أو رسول أو غير ذلك [1].

وليس فى قواعد القانون ما يمنع من أن ينعقد العقد بين غائبين، فيرسل الموجب إيجابه فى خطاب أو فى رسالة برقية أو على يـد رسول ويرسل القابل قبوله بإحدى هذه الطـرق . بـل إن إمكـان الانعقاد على هذه الصورة نتيجة من نتائج مبدأ الرضائية الذى حرر الإرادة من القيود والأشكال .

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٠٨ – حلمـى بهجـت بـدوى أصـول الالتزامات الكتاب الأول ١٣٦٢ هـ ١٩٤٣م ص ١٠٤ ومابعدها .

المهم هو وجود إرادتين متطابقتين. أما الأشكال فلا يعتد بهـا . وحتى فى الأحوال التى يتطلب فيها القانون أشكالا معينـة لانعقـاد بعض العقود كالهبة والرهن الرسمى فليس ما يمنع من انعقاد هـذه العقود بين غائبين مع مراعاة الأشكال المطلوبة ، طالما أن القانون يسلم بنظرية النيابة فينعقد التوكيل (بالهبة مثلا) فى الشكل المطلوب يتم يعقد العقد (عقد الهبة) بعد ذلك بين الوكيـل والطـرف الآخـر (الموهوب له) [١].

١٥٤ ـ تحديد المكان والزمان اللذين يتم فيهما التعاقد :

يرجع تحديد المكان والزمان الذى يتم فيه التعاقد بين غائبين إلى إرادة المتعاقدين . فإذا كان هناك اتفاق يتناول هذه المسألة وجـب الأخذ به . وفى هذه الحالة يصبح ذلك التعيين مسألة موضوعية . والتى لا رقابة فيها لمحكمة النقض .

أما إذا لم يتفق المتعاقدان على شىء ولم يوجد نـص قـانونى خاص. فيعتبر العقد قد تم فى المكان والزمان اللذين يعلـم فيهمـا الموجب بالقبول .

وقد أخذ التقنين المدنى الجديد فى هذا الأمـر بمـذهب العلـم بالقبول ، والذى تستند إليه أيضا القاعدة العامة التى وضعها الشارع لتعيين الوقت الذى ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثـره ، إذ تـنص

---

(١) حلمى بهجت بدوى ص ١٠٤ ومابعدها .

المادة ٩١ مدنى- كما رأينا- فى خصوص هذه القاعدة على أنه : " ينـــتج التعبـــير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجـــه إلـــيه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ، ما لم يقم الدلـــيل على عكس ذلك " . ومن ثم فإن القبول لاينتج أثره ، وهو تمـــام العقـــد، إلا إذا وصل إلى علم الموجب ، وقد سبق أن فصلنا حكم هذا النص[1].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- تتضـــمن التشريعات المختلفة أحكاما ، جد متباينة ، بشأن تعييـــن زمان التعاقد بالمراسلة ومكانه . وقد اختار المشروع مذهب "العلـــم بالقبول" ولم يجعل من الرد بالقبول سوى قرينة بسيطة على حصول العلم به .

وبديهى أن هذا الحكم لايسرى حيث تنصرف نية المتعاقدين إلى مخالفـــته صراحة أو ضمنا ، أو حيث يقضى القانون بالعدول عنه إلى حكم آخر ، كما هى الحال بالنسبة للسكوت أو التنفيذ الاختيارى اللذيـــن يـــنزلهما القانون منزلة القبول . ولعل مذهب " العلم" هو أقـــرب المذاهـــب إلى رعاية مصلحة الموجب ذلك أن الموجب هو الذى يبتدئ التعاقد ، فهو الذى يحدد مضمونه ويعين شروطه . فمن الطبيعى والحال هذه ، أن يتولى تحديد زمان التعاقد ومكانه . ومن

---

(١) السنهورى ص ٢٠٥ ومابعدها – عبد المنعم الصده ١٢٧ ومابعدها .

العدل ، إذا لم يفعل ، أن تكون الإرادة المفروضة مطابقة لمصلحته عند عدم الاتفاق على ما يخالف ذلك . وبعد فمذهب "العلم" هو الذى يستقيم دون غيره مع المبدأ القاضى بأن التعبير عن الإرادة لاينتج أثره إلا إذا وصل إلى من وجه إليه على نحو يتوفر معه إمكان العلم بمضمونه (أنظر الفقرة الأولى من المادة ١٢٥ من المشروع) ومؤدى ذلك أن القبول بوصفه تعبيرا عن الإرادة لايصبح نهائيا ، إلا فى الوقت الذى يستطيع فيه الموجب أن يعلم به، ولايعتبر التعاقد تاما إلا فى هذا الوقت .

٢- ولم يستقر القضاء المصرى على رأى معين فى هذا الصدد. فقد اختارت محكمة الاستئناف الأهلية مذهب العلم ، وبوجه خاص فى المسائل المدنية (٢٦ مارس سنة ١٩١٢ مج ر١٣ ص١٨٤ رقم ٩٠) .

أما محكمة الاستئناف المختلطة فقضاؤها موزع بين مذهب العلم (٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ ب ٨ ص ١٠١ . و٩ فبراير سنة ١٩٢٢ ب ٣٤ ص ١٥٧ . و٤ إبريل سنة ١٩٣٣ ب ٤٥ص ٢٢٦) . وبين مذهب "الإعلان" (١٣ يناير سنة ١٩٢٦ ب ص ١٧٩ و ٩ فبراير سنة ١٩٢٧ ب ٣٩ ص ٢٢٧) .

وليس ثمة شك فى أن هذا المذهب الأخير هو أنسب المذاهب فى المسائل التجارية . على أن مذهب " الإصدار" قد رددت صداه بعض أحكام القضاء المختلط والقضاء الأهلى (استئناف مختلط ٦

مايو سنة ١٩٢٥ ب ٣٧ ص ٤٠١ . ودمياط ٢١ إبريل سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢٧١) . ولم تتح لمحكمة النقض ، حتى اليوم ، فرصة للفصل فى هذه المسألة . وغنى عن البيان أن النص الذى اختاره المشروع يقضى على هذا الخلاف بأسره "[1].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٣ ومابعدها - وكان هناك أربع نظريات فى هذا الشأن هى :

١- **نظرية الإعلان** : وبمقتضاها يتم العقد بمجرد إعلان القبول وقبل أن يصل إلى علم الموجب ، ففى هذه اللحظة يكون الإيجاب قد اقترن بالقبول وهو كل ما يشترط لانعقاد العقد . ويتفق هذا أيضا مع السرعة فى المعاملات وفى التجارة بصفة خاصة . ولكن يعيب هذه النظرية أنها تغفل القواعد العامة فى أن التعبير عن الإرادة لايحدث أثره إلا فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه . والقبول باعتباره تعبيرا عن الإرادة لايحدث أثره إلا من وقت أن يتصل بعلم من وجه إليه لا من وقت إعلانه .

٢- **نظرية التصدير** : وبمقتضاها ينعقد العقد لا بمجرد إعلان القبول ، بل بعد تصديره ، أى بعد وضع الخطاب فى صندوق البريد أو تسليم البرقية إلى مكتب الإرسال إلى غير ذلك من أمثلة . وهذه النظرية لا تزيد عن النظرية السابقة إلا فى التأكد من أن القبول أصبح باتا ، ويعيبها ما يصيب النظرية السابقة . وكذلك فإنها لاتضمن أن القبول قد أصبح باتا إذ من الجائز استرداد الرسالة أو البرقية طالما أنها لم تصل إلى المرسل إليه ، كما يجرى على ذلك العمل فى معظم البلاد .

٣- **نظرية الوصول** : وبمقتضاها ينعقد العقد بمجرد أن يصل القبول إلى الموجب ، بغض النظر عن علمه بالقبول . والوصول حسب هذه

١٥٥ ـ التعاقد بطريق التليفون :

يعتبر التعاقد بالتليفون، أو بأية طريقة أخرى مماثلة كالإنترنيت، تعاقدا فيما بين حاضرين من حيث زمان انعقاد العقد ، إذ بمجرد أن يصدر القبول يتم العلم به – ويأخذ حكمه . وإلى ذلك تشير الفقرة الأولـــى من المادة ٩٤ بقولها " وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأى طريق مماثل " .

أمــا مــن حيــث المكان فالتعاقد بالتليفون أو بما يشابهه يعتبر الــتعاقد بيــن غائبين ، لاختلاف مكان كل من الطرفين عن مكان الآخــر ، ويأخذ حكمه ، وذلك لاختلاف مكان كل من الطرفين عن مكــان الآخر . ومن ثم يعتبر العقد قد تم فى مكان الموجب إذ فيه يحصل العلم بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك[1]. **وقد اشتمل المشروع التمهيدى على نص يجرى بهذا المعنى، هو المــادة ١٤٠ مــنه** التى تقول إنه " يعتبر التعاقد بالتليفون أو بأى

الــنظرية لايعــدو أن يكــون قرينة على العلم ولذلك فلا تخرج هذه النظرية على النظرية الرابعة وهى نظرية العلم .

٤- **نظرية العلم** : وبمقتضاها لاينعقد العقد إلا إذا وصل القبول إلى علم الموجــب ، وهذه النظرية تتفق مع القواعد العامة فى أن التعبير عن الإرادة لاينتج أثره إلا من الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، وهــو فــى هــذه الحالة الموجب الذى يوجه إليه القبول . وقد نص المشرع – كما ذكرنا – على ذلك فى المادة ٩٧ مدنى (راجع سمير تناغو ص ٤٣)

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص١١٢-عبد المنعم الصده ص١٢٨ ومابعدها.

طـــريقة مماثلـــة كأنه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان ، وبين غائبيـــن فـــيما يـــتعلق بالمكان " . ولكن حذفت هذه المادة لوضوح حكمها [١].

١٥٦ـ افـتراض عـلم الموجـب بالقبول فى المكان وفى الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن : " ويفترض أن الموجب قـــد علم بالقبول فى المكان وفى الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القـــبول " فهذه الفقرة جعلت من وصول القبول إلى الموجب قرينة قانونية على علمه به ، وهذه القرينة يجوز نقضها بالدليل العكسى ، كأن يثبت الموجب أنه لم يعلم بالقبول رغم وصوله بسبب الغياب أو المرض .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا حصـــلت محكمة الموضوع تحصيلا سائغا مما سردته من وقائع الدعوى وظروفها أن المستأجر علم بقبول المؤجر تأجير الأرض إليه ، ولذلك اعتبرت التعاقد على هذه الإجارة قد تم بإيجاب من المستأجر بخطابه الذى أرسله وبقبول من المؤجر بخطابه الذى يدعـــى المستأجر عدم تسلمه ، فذلك مما لمحكمة الموضوع السلطة فى تقديره ، ولامعقب عليه لمحكمة النقض " .

(طعن رقم ٧١ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٤٤/١/٢٧)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٢ ص ٥٢ ومابعدها .

٢- " لقاضـــى الموضوع فى حالة صدور الإيجاب لغائب دون تحديد صريح لميعاد للقبول أن يستخلص من ظروف الحال وطبيعة المعاملة وقصد الموجب الميعاد الذى التزم البقاء فيه على إيجابه ، والقاضى فيما يستخلصه من ذلك كله وفى تقديره للوقت الذى يعتبر مناســبا لإبــلاغ القبول لايخضع لرقابة محكمة النقض متى كان قد بيــن فــى حكمه الأسباب المبررة لوجهة النظر الذى انتهى إليها ، والمحكمـــة وهـــى بســبيل استخلاص الميعاد الذى قصد الموجب الالتزام به بإيجابه لها أن تتحرى هذا القصد من كل ما يكشف عنه، ولاتثريــب علــيها إذا اســتظهرته من أفعال تكون قد صدرت من الموجــب بعــد تاريخ الإيجاب وكشفت عن قصده هذا ، كما أنه لا علــى المحكمـــة فى حالة صدور الإيجاب من شركاء متعددين عن صفقة واحدة أن تستدل على قصدهم المتحد بأمور تكون قد صدرت من أحدهم كاشفة لهذا القصد " .

(طعن رقم ١٨٧ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٧/٢)

٣- " المقـــرر وفقا لنص المادة ٢/٩٧ من القانون المدنى على أن - يعتــبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم فى المكان والزمان اللذين يعلــم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك " .

(طعن رقم ١٦٤٩ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٤/١١/٢٦)

١٥٧ـ أهمية تحديد زمان انعقاد العقد :

تبدو أهمية تحديد زمان انعقاد العقد فى المسائل الآتية :

١- تعيين الوقت الذى يبدأ فيه تنفيذ الالتزام .

٢- تحديد مدة التقادم ، إذ الالتزام لايبدأ تقادمه إلا من الوقت الذى يصبح فيه الدين موجودا مستحق الأداء ، فإذا كان الالتزام غير مضاف إلى أجل أو غير معلق على شرط موقف فإن تقادمه يبدأ من وقت انعقاد العقد .

٣- تحديد الدين الذى يستطيع صاحبه أن يطعن فى تصرف مدينه المعسر بالدعوى البوليصية . إذ لايستطيع الدائن الطعن فى العقد الصادر من مدينه إلا إذا كان دينه سابقا على هذا العقد .

٤- بالنسبة إلى العقود التى صدرت من تاجر شهر إفلاسه ، فهى تنفذ فى حق الدائنين أولا تنفذ بحسب الفترة التى أبرمت خلالها[1].

١٥٨ـ أهمية تحديد مكان انعقاد العقد :

١- تعيين الاختصاص ذلك أنه فى المواد التجارية يكون الاختصاص لمحكمة المدعى عليه أو للمحكمة التى تم الاتفاق ونفذ كله أو بعضه فى دائرتها أو للمحكمة التى يجب تنفيذ الاتفاق فى دائرتها (م٥٥ مرافعات) .

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٠٩ – عبد المنعم الصده ص ١٢٣ .

وفى المنازعات المتعلقة بالتوريدات والمقاولات وأجرة المساكن وأجور العمال والصناع والأجراء يكون الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه أو للمحكمة التى تم الاتفاق أو نفذ فى دائرتها متى كان فيها موطن المدعى .

٢- فى تطبيق قواعد القانون الدولى الخاص .

ذلـــك أن القـــاعدة فى حالة عدم وجود اتفاق خاص بالنسبة إلى العقــود الـــتى يدخـــل فيها عنصر أجنبى . فإنها تخضع فى شكلها لقـــانون البلد الذى تمت فيه . ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذى يســرى علـــى أحكامها الموضوعية ، كما يجوز أن تخضع لقانون موطـــن المتعاقدين أو قانونهما الوطنى المشترك (٢٠٢ مدنى) كما يســرى علـــى الالتزامات التعاقدية عند اختلاف موطن المتعاقدين قانون الدولة التى تم فيها العقد (م ١/١٩ مدنى) .

مــادة (٩٨)

١- إذا كانــت طبيعة المعاملة أو العرف التجارى أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول. فإن العقد يعتبر قد تم ، إذا لم يرفض الإيجاب فى وقت مناسب.

٢- ويعتــبر الســكوت عــن الرد قبولا ، إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل ، أو إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه " .

الشرح

١٥٩ ـ الفرق بين التعبير الضمنى عن الإرادة وبين السكوت :

تجب التفرقة بين التعبير الضمنى عن الإرادة وبين السكوت . فالتعبير الضمنى يتضمن من جانب المعبر عملا إيجابيا تستفاد منه إرادته .

أما السكوت فهو مجرد وضع سلبى .

والتعبير الضمنى قد يكون إيجابا أو قبولا أما السكوت فلا يجوز أن يتضمن إيجابيا لأن الإيجاب ينطوى على عرض موجه من أحد الطرفيــن إلــى الآخر ، ولايتصور أن يستخلص هذا العرض من مجــرد السكوت . والأصل أن السكوت بمجرده لايصلح تعبيرا عن القــبول . ومــن هــنا كانت القاعدة الفقهية المعروفة التى تقول : "لاينســب لســاكت قول " ، فالسكوت عدم ، والساكت لايعمل شيئا يمكن أن تستخلص منه إرادته .

وبالترتيب على ذلك فإنه إذا أرسل بنك إلى عميل خطابا يخبره فيه أنه قيد اسمه فى قائمة المكتتبين فى مشروع معين وأنه احتسب فى رصيده قيمة الأسهم فإن سكوت العميل عن الرد لايعتبر قبولا للاكتتاب .

وإذا أرسل ناشر صحيفة دورية إلى شخص لم يرفضها ولم يردها فإن سكوته لايعتبر قبولا للاشتراك ، حتى لو ذكر فى غلاف الصحيفة أن استلامها يعتبر قبولا .

وإذا أرسل تاجر عينة من بضاعة إلى شخص ذاكرا له أن عدم رده للعينة فى مدة معينة يعتبر قبولا للشراء فإن سكوت هذا الشخص عن الرد لايكون قبولا (١).

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ينبغى التفريق بين التعبير الضمنى عن الإرادة وبين مجرد السكوت . فالتعبير الضمنى وضع إيجابى ، أما السكوت فهو مجرد وضع سلبى . وقد يكون التعبير الضمنى ، بحسب الأحوال، إيجابا أو قبولا ، أما السكوت فمن الممتنع على وجه الإطلاق ، أن يتضمن إيجابا ، وإنما يجوز، فى بعض فروض استثنائية أن يعتبر قبولا ... الخ " (٢).

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٨٥ – عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٠٠ ومابعدها.
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥٧ .

١٦٠ـ الحالات التى يعتبر فيها السكوت قبولا :

رأينا فى البند السابق أن الأصل أن السكوت لايصلح قبولا لأنه لاينسب لساكت قول ولكن يرد على هذه القاعدة استثناء تتضمنه القاعدة الفقهية التى تقول : " إن السكوت فى معرض الحاجة بيان" ومعنى هذا أن السكوت إذا صاحبته ظروف تخلع عليه دلالة الرضاء فإنه حينئذ يعتبر قبولا . وهو الذى يقال له السكوت الملابس.

وتقدير وجود الظروف الملابسة من عدمه من المسائل الموضوعية التى يستقل بها قاضى الموضوع ، وإن كان يجب عليه أن يورد الأسباب السائغة التى يستند إليها فى وجود هذه الظروف أو انتفائها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان لمحكمة الموضوع سلطة تقدير الظروف الملابسة التى قد تحيط بالسكوت وتجعله دالا على القبول ، إلا أنها تلتزم بأن تورد الأسباب السائغة التى تقيم قضاءها وألا تدع دفاعا للخصوم قد يتغير به وجه الرأى فى هذا التقدير دون أن تجيب عليه بأسباب خاصة " .

(طعن رقم ٧٤٨ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٤/٦/٢١)

وقد أوردت المادة (٩٨) بعض الأمثلة للحالات التى يعتبر فيها السكوت قبولا بسبب ما يلابسه من ظروف .

وهذه الحالات هى :

(الحالة الأولى) : إذا كانت طبيعة المعاملة تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحا بالقبول . كما إذا أرسل التاجر البضاعة لمن طلبها وأضاف فى " الفاتورة " شروطا مستجدة سكت عنها المشترى ولم يبادر إلى رفضها [١].

(الحالة الثانية) : إذا كان العرف الذى جرى عليه العمل يقضى بأن السكوت يدل على الرضاء ، كما إذا أرسل المصرف بيانا لعميله عن حسابه فى المصرف وذكر فيه أن عدم الاعتراض على هذا البيان يعتبر إقرارا له [٢].

(الحالة الثالثة) : إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه :

إذا كان الإيجاب نافعا من كل الوجوه للمعروض عليه ، فإن سكوته هذا دليل على قبوله له . كهبة لاتشترط فيها الرسمية تعرض على الموهوب له فيسكت ، أو عارية استعمال تعرض على المستعير فيلزم الصمت [٣].

---

(١) السنهورى ص ١٨٦ .
(٢) السنهورى ص ١٨٦- أحمد حشمت أبو ستيت ص ٧٨ .
(٣) سمير تناغو ص ٤٠- أحمد حشمت أبو ستيت ص ٧٩ .

(الحالة الرابعة) : إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين من شـأنه أن يجعل الموجب لايتوقع تصريحا بالقبول من الموجب له ، إذا كـان راغـبا فى الصفقة التى يعرضها عليه والتى تتصل بهذا التعامل ، بل يجعله على النقيض من ذلك ، يتوقع تصريحا بالرفض إذا كـان راغبا عنها ، فإن سكوت من وجه إليه الإيجاب يعتبر منه قبولا . ومثال هذه الحالة تاجر الجملة الذى تعود أن يرسل كمية من البضائع التى تصل إليه ، إلى تاجر تجزئة من عملائه ،. الذى تعود بـدوره أن يرفض مالا يعجبه منها ، ويسكت على ما يعجبه . فى مـثل هـذه الحالة، تحتم ظروف التعاقد ، فى ضوء ما تم منه فى القديـم ، أن يصـرح تاجر التجزئة برفضه كل صفقة يكون عنها راغـبا ، بحيث أن تاجر الجملة هنا لاينتظر منه تصريحا بالقبول ، إذا كـان له فى الصفقة هوى ، فإذا سكت تاجر التجزئة بالنسبة إلى صفقة معينة ، زمنا معقولا يحدده قاضى الموضوع ، اعتبر سكوته قبولا إياها وتعذر عليه بالتالى أن يتملص منها [1].

وهـذه الحـالات الأربـع ليست إلا أمثلة ، وعلى ذلك فإن كل سـكوت تصاحبه ملابسات بحيث يستخلص القاضى من مجموعها القبول يصلح تعبيرا عن القبول ، ومن ثم فإن علم الموكل بمجاوزة الوكيل حدود الوكالة وسكوته على ذلك يعتبر إقرارا لذلك التجاوز.

---

(١) السنهورى ص ١٨٦- عبد المنعم الصده ص ٨٦ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... أمــا السكوت فمن الممتنع على وجه الإطلاق ، أن يتضمن إيجابــا ، وإنما يجوز ، فى بعض فروض استثنائية أن يعتبر قبولا، وقد تناول النص هذه الفروض ، ونقل بشأنها عن تقنين الالتزامات السويســرى ضابطا مرنا ، يهيئ للقاضى أداة عملية للتوجيه قوامها عنصــران : أولهما : التثبت من عدم توقع أى قبول صريح ، وهذه الواقعــة قــد تستخلص من طبيعة التعامل ، أو من عرف التجارة وســننها ، أو مــن ظروف الحال . والثانى التثبت من اعتصام من وجــه إلــيه الإيجــاب بالســكوت فترة معقولة . وأورد المشروع تطبــيقات ثلاثــة لهــذا الضـــابط : أحدها ، وهو الخاص بتمحض الإيجــاب لمــنفعة من وجه إليه ، يتعلق بطبيعة التعامل الخاصة . والتطبــيقان الآخــران – وهمــا الخاصـــان بقيام تعامل سابق بين المتعاقديــن ، وبالشــروط الــواردة فى الفاتورة – يتصلان بعرف التجارة وسننها وغير ذلك من الظروف "[1].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٢ ص٥٨ – كما جاء بهذه المذكرة ما يأتى :

" ولــم تعــرض التقنينات اللاتينية فيما عدا استثناءات خاصة ، لقيمة السكوت كطريق من طرق التعبيرعن الإرادة بين أن التقنينات الجرمانية وغــيرها من التقنينات التى تأثرت بها ، تورد على النقيض من ذلك ، أحكامــا وافــية فى هذا الشأن ، ويستخلص من دراسة مختلف المذاهب ومقارنتها ، فى النصوص التشريعية وأحكام القضاء ، أن مجرد السكوت

البسيط لايعتبر إفصاحا أو تعبيرا عن الإرادة . أما السكوت "الموصوف"، وهو الذى يعرض حيث يفرض القانون التزاما بالكلام ، فلا يثير إشكالا ما ، لأن القانون نفسه يتكفل بتنظيم أحكامه . وليس يبقى بعد ذلك سوى السكوت " الملابس" وهو ما تلابسه ظروف يحل معها محـل الإرادة ، فهـو وحده الذى يواجهه النص ، محتذيا فى ذلك حذو أحدث التقنينات وأرقاها .

" وقد أخذ القضاء المصرى بحلول تشابه الحلول التى يقررها الـنص . فالأصل عنده أن السكوت وحده، مجردا من أى ظرف آخر ، لايعتبـر قبولا. ولكن يجوز أن يستخلص القبول مـن ظـروف معينـة تلابـس السكوت ، كقيام تعامل سابق بين العاقدين (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ ب ٣٨ ص ٥٦) ويجوز أن يكون السكوت ، بمنزلة القبول لا بالنسبة لإتمام العقد فحسب ، بل وكذلك بالنسبة لإلغائه أو الإقالة منه (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ ب ٣٨ ص ٥٦) ويجـوز أن يكون السكوت ، بمنزلة القبول لا بالنسبة لإتمام العقـد فحسـب ، بـل وكذلك بالنسبة لإلغائه أو الإقالة منه (استئناف مختلط ١١ أبريـل سـنة ١٩١٧ ب٢٩ ص ٣٥٨). ويجوز أن يجعل عرف التجـارة للسـكوت شأن القبول . وتفريعا على ذلك قضى بأنه " لاتجوز المنازعة فى بيـع يعتبر فى عرف السوق تاما ، وفقا للشروط المدونة فى بطاقة أو مذكرة لم يردها العاقد من فوره ، متى كان هذا العرف يفرض على من يطلب نقض البيع ، بعد فوات الوقت ، أن يقيم الدليل على عدم انعقاد العقـد . وهو دليل لايسوغ للعاقد أن يستخلصه من إهماله أو خطئه الشخصـى" (استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩٣٠ ب ٤٢ ص ٢٧٢) . ولايكون للسكوت دلالة القبول إلا إذا عرض فى وضع يستتبع حمله على محمـل الارتباط البات . وقد حكم بأن السكوت أكثر من ثمانية أيام إزاء إيجاب اشترط فيه البائع شرطا لقبول ما عرض عليه المشـترى مـن قبـل ، لايمكن أن يستفاد منه قبول المشترى لهذا الإيجاب الأخيـر ، واعتبـار

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " المقرر وفقا لنص المادة ٢/٩٨ من القانون المدنى أن مجرد السكوت عن الرد لايصلح بذاته تعبيرا عن الإرادة ولا يعتبر قبولا إلا إذا كان متعلقا بتعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل بأن كان مكملا أو منفذا أو معدلا أوناسخا له".

(طعن رقم ١٦٤٩ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٤/١١/٢٦)

٢- " لما كانت عبارة البند الرابع من العقد المبرم بين وكيل البائعة الطاعنة- والمطعون ضده واضحة الدلالة على أن هذا الاتفاق معلق على شرط واقف هو موافقة الطاعنة - البائعة على البيع. مما مؤداه ما ورد فى هذا الاتفاق إيجابيا من المطعون ضده- المشترى معلقا على قبول البائعة له بما لازمه صدور هذا القبول منها بالموافقة على البيع فإذا تم انعقد العقد ولزم ، أما إذا لم توافق فإن العقد لاينعقد ويرد المدفوع من المشترى دون رجوع من أحد الطرفين على الآخر بأى التزام - لما كان ذلك - وكان البين من

الصفقة تامة بصفة نهائية على أساس هذا القبول فليس يمكن أن تختتم مفاوضات استمرت أسابيع عدة ، إلا برد كتابى دقيق واضح . ويجب أن يحصل الرد فى ميعاد قصير ، إذا تعلق البيع بسلعة متغير سعرها ونبه البائع المشترى إلى رغبته فى الوقوف على ما ينتويه على وجه الاستعجال. ومثل هذا الرد ألزم ، عند عدم تطابق الإيجاب الصادر من البائع مع إيجاب بالشراء سبق له رفضه (محكمة اسكندرية التجارية ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٦ ، جازيت ١٧ ص٢٨٦) .

الأوراق أن الـــبائعة- الطاعنة لم توافق على هذا البيع بل أخطرت المطعـــون ضـــده بعدم موافقتها عليه ، فإن الحكم المطعون فيه إذ ذهـــب رغـــم ذلـــك إلى اعتبار انقضاء الأجل المحدد بالعقد بمثابة موافقة ضمنية من الطاعنة متخذا من مجرد سكوتها عن الرد خلال هـــذه المـــدة قبولا منها للبيع فإنه يكون فضـلا عن خطئه فى تطبيق القانون قد انحرف عن المعنى الواضح للاتفاق " .

(طعن رقم ١٦٤٩ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٤/١١/٢٦)

مـادة (٩٩)

لايتم العقد فى المزايدات إلا برسو المزاد ، ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلا .

الشـرح

١٦١ـ المقصود بالمزايدة :

يقصد بالمزايدة ، الأحوال التى يتم فيها التعاقد بطريق المزايدة على خلاف الغالب فى واقع الحياة من أن يتم التعاقد بطريق الممارسة .

ويستوى أن يكون القانون قد حتم التعاقد بالمزايدة كما هو الشأن فى بيع أو إيجار الأموال الخاصة للدولة أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة ، وفى بيع أموال المدين على إثر التنفيذ الجبرى عليها نتيجة عدم وفائه بديونه ، أم التجأ إليها المتعاقدان طوعا منهما واختيارا ، كما إذا نظم شخص مزادا يجريه بنفسه، أو بوساطة آخر ينوب عنه فى إجرائه لبيع منقولاته أو عقاراته أو تأجيرها[1] .

١٦٢ـ الإيجاب فى البيع بالمزايدة :

لايعتبر الإعداد للمزايدة وافتتاحها إيجابا فهما لايعدوان أن يكونا مجرد دعوة إلى التعاقد . فإن لبيت تلك الدعوة ، بأن تقدم شخص إلى المزاد وأدلى بعطائه فيه ، كان عطاؤه هذا هو الإيجاب .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٩٦ ومابعدها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ١- ينطــبق هــذا النص على جميع عقود المزايدات وبوجه خاص على البيوع والإيجارات التى تجرى بطريق المزايدة . وهو يحسم خلافا طال عهد الفقه به . فافتتاح المزايدة على الثمن ، ليس فــى مــنطق النص إلا دعوة للتقدم بالعطاءات. والتقدم بالعطاء هو الإيجــاب . أمــا القــبول فــلا يتم إلا برسو المزاد . وقد أعرض المشــروع عــن المذهب الذى يرى فى افتتاح المزايدة على الثمن إيجابا وفى التقدم بالعطاء قبولا "(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مفــاد نصــوص المــادة السادسة من ديكريتو ٣ فبراير سنة ١٨٩٢ بشــأن ضــريبة ما يباع من أطيان الحكومة والمادتين ١٨، ١٩ مــن منشــور نظارة المالية الصادر بتاريخ ٢١ أغسطس سنة ١٩٠٢ أن الــتعاقد بشــأن بــيع الأملاك الخاصة بالدولة لايتم بين مصلحة الأملاك وبين طالبى الشراء إلا بالتصديق عليه من وزارة المالــية إذ أن هذا التصديق هو القبول بالبيع ممن يملكه . ولايعتبر إعلان هذه المصلحة عن رغبتها فى البيع ولا الإجراءات التى تقوم بهــا لهذا الغرض من مفاوضات مع راغبى الشراء وممارسة على الثمن إيجابا من جانبها ذلك أن الإيجاب فى هذه الحالة ، إنما يكون مــن راغــب الشراء بتقدمه للشراء على أساس سعر معين ولا يتم

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٢ ص ٦٤ ومابعدها .

التعاقد إلا بقبول المصلحة بعد ذلك للبيع . وقد اشترطت النصوص المتقدمة أن يصدر التعبير بالقبول من وزارة المالية دون غيرها".

(طعن رقم ١٢ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٢/٢٤) .

وافتتاح المزايدة ولو كان على أساس سعر معين لايعتبر إيجابا، وإنما الإيجاب يكون من جانب المزايد بالتقدم بالعطاء كالقاعدة العامة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١-" تنص المادة ٩٩ من القانون المدنى على أنه " لايتم العقد فى المزايدات إلا برسو المزاد " ومفاد ذلك أن افتتاح المزايدة ولو على أساس سعر معين لايعتبر إيجابا وإنما الإيجاب يكون من جانب المزايد بالتقدم بالعطاء ، أما القبول فلا يتم إلا بإرساء المزاد " .

(طعن رقم ١١٢ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/١/٩)

٢- " اعتماد السعر الذى تبدأ به المزايدة يفترق عن اعتماد إرساء المزاد وغير مغن عنه " .

(طعن رقم ١١٢ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/١/٩)

١٦٢ ـ اعتبار التقدم بالعطاء إيجابا ولو كان مصحوبا بتأمين :

يعتبر التقدم بالعطاء إيجابا ، ولو كان مصحوبا بتأمين تقدم به صاحبه وأخذه منه مجرى المزاد ، لأن التأمين يعتبر شرطا للتقدم بالعطاء . ولا يعتبر أخذه قبولا ينعقد به العقد .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" دفـــع التأميـــن شرط لازم لدخول المزايدة وقبول الوزارة هذا التأميـــن لايمنعها من أن تستعمل حقها فى رفض العطاء المقدم من دافعه ولو كان هو العطاء الأخير " .

(طعن رقم ١١٢ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/١/٩)

١٦٤ـ أهميـة التمييـز بـين الإيجـاب ومـرحلة الدعوة إلى التعاقد :

يترتب على التمييز بين الإيجاب والدعوة إلى التعاقد نتائج غاية فى الأهمية نجملها فيما يأتى :

(أولاً) أن نفـــى الإرادة عن مرحلة الدعوة إلى التعاقد يستلزم القـــول بأنـــه لايمكـــن أن تترتب أية مسئولية عقدية ، إذا ما عدل المفـــاوض عـــن إتمام العقد ، أى ولو لم يكن سبب العدول جديا ، خلافا لما إذا كنا بصدد إيجاب بات فإن الموجب يلتزم بإرادته على نحو ما سنراه .

ولـــيس معـــنى اســـتبعاد المسئولية العقدية استبعاد كل مسئولية أخرى ، إذ قد تترتب مسئوليته الفعلية (التقصيرية) إذا اقترن عدوله بخطأ من جانبه ، وهو ما يجب على المدعى إثباته ، بأن يثبت مثلا أن الطـــرف الآخـــر كان قد أعلن عن رغبته فى بناء منزل وطلب الرسوم والعطاءات فتقدمله بعد أن تجشم عناء ومصاريف ، ثم عدل عن البناء أو اتفق مع مقاول لم يشترك فى المناقصة .

(ثانــيا) لما كانت الدعوة إلى التعاقد ليست إيجابا ، فإن الوسيط فــيها لايعتــبر نائبا مادام من المقرر أن النيابة لاتكون فى الأعمال المادية بل فى التصرفات القانونية ، وما قبل الإيجاب ليس كذلك .

(ثالــثا) أن العقــد ينعقد إذا صادف القبول إيجابا ولا ينعقد إذا صادف دعوة إلى التعاقد [١].

١٦٥ـ هل يجوز لمقدم العطاء العدول عن إيجابه ؟

كــان الإيجاب فى ظل القانون المدنى القديم غير ملزم ، ولهذا كان القضاء يجيز الرجوع فى العطاء مادام لم يقترن به قبول .

أما فى ظل القانون الجديد فالحال على خلاف ذلك . حيث يكون الإيجــاب ملــزما إذا اقترن بميعاد صريح أو ضمنى يستخلص من ظــروف الحال أو من طبيعة المعاملة (م٩٧ مدنى) . ومقتضى هذا أن مقدم العطاء يكون قد تقدم بإيجاب مقترن بميعاد محدد للقبول هو ذاك الــذى يتطلــبه إرساء المزاد . ومن ثم لايجوز له الرجوع فى العطاء قبل حلول هذا الميعاد [٢].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وقــد أخــذ القضاء المصرى بالمذهب الذى اتبعه المشروع ، فاعتبر التقدم بالعطاء إيجابا لاقبولا ، ورتب على ذلك جواز العدول

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ٩٣ ومابعدها .

(٢) عبد المنعم الصده ص ١٠١– عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٠١.

عــنه . ومــن هذا ما قضت به محكمة استئناف مصر الأهلية ، إذ حكمــت بــأن العطاء الذى يتقدم به شخص فى بيع يجرى بالمزاد العلــنى أمام المجلس الحسبى ، ثم يعدل عنه قبل موافقة المجلس ، يعتــبر إيجابــا يجب أن يتعلق به قبول المجلس ، ويجوز على ذلك العــدول عــنه قــبل القبول (استئناف مصر ٩ يونية سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٨١ ص ٥٤٤) [١].

١٦٦ـ القبول فى المزايدة :

ذكرنا سلفا أن التقدم بعطاء هو الإيجاب . ويبقى صاحبه ملتزما به إلى حين تقدم مزايد آخر بعطاء أفضل ، إلى أن يقفل المزاد دون أن يرســى علــى أحــد إذا كــان عطاؤه هو الأفضل ، مالم يتفق المتعاقدان على عدم سقوط الإيجاب بإقفال المزاد .

ويســقط العطــاء بعطاء آخر يزيد عليه ، حتى لو وقع العطاء الجديــد بــاطلا ، كالعطاء الذى يتقدم به قاض أو محام بشأن حق متنازع فيه ، إذا كان الاختصاص بنظر هذا النزاع يدخل فى ولاية المحكمــة الــتى يعمل فى دائرتها (م٤٧١ مدنى) ، أو العطاء الذى يــتقدم به عديم الأهلية ، أو كان ذلك العطاء قابلا للإبطال كما إذا كان مقدم العطاء ناقص الأهلية .

وكذلك إذا رفض ذلك العطاء فيما بعد .

---

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٢ ص ٦٥ .

وهذا يتمشى مع قصد المتعاقدين ، فمن يتقدم بعطائه دون تحفظ يريد بذلك بالضرورة أن يبقى عطاؤه قائما ويظل ملتزما به إلى أن يتقدم متزايد آخر بعطاء يفوقه .

وإذا كان العطاء الذى تقدم به المتزايد هو الأفضل ، بمعنى أنه لم يتقدم آخر بعطاء يفوقه ، بقى العطاء الوحيد الذى يتضمن إيجابا قائما ينتظر القبول .

ولايتم القبول هنا بمجرد إقفال باب المزاد ، بل بتقرير إرسائه على صاحب العطاء . فمن الجائز أن يرفض العطاء الأخير، وهنا يقفل المزاد ، دون أن يكون قد أرسى على أحد ، فلا ينعقد العقد، اعتبارا بأن الإيجاب لم يلحقه قبول [1].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويراعى أن العطاء الذى تلحق به صفة القبول ، وفقا لحكم النص ، يسقط بعطاء يزيد عليه حتى لو كان هذا العطاء باطلا ، أو قابلا للبطلان ، بل ولو رفض فيما بعد . ويسقط كذلك إذا أقفل المزاد دون أن يرسو على أحد . وليس فى ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة ، فمادام التقدم بالعطاء هو الإيجاب فهو يسقط إذا لم يصادفه

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٩٨- عبد المنعم الصده ص ١٠٠ ومابعدها- سمير تناغو ص ٤٠ ومابعدها .

القبول قبل انقضاء الميعاد المحدد . أما الميعاد فى هــذا الفــرض فيحدد اقتضاء من دلالة ظروف الحــال ، ومــن نيــة المتعاقــدين الضمنية ، وهو ينقضي بلا شك عند التقدم بعطاء أكبر ، أو بإقفــال المزاد دون أن يرسو على أحد "[١].

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

١- " إنه وإن كان تقديم عطاء يزيد على العطاء السابق عليــه يترتب عليه طبقا للمادة ٩٩ من القانون المدني سقوط العطاء الأقل ، إلا أنه لا يترتب عليه انعقاد العقد بين مقدم العطاء الأعلى وبــين الداعي للمزايدة لأن التقدم بالعطاء ولو كان يزيد على غيــره مــن العطاءات ليس إلا إيجابا من صاحب هذا العطاء ، فلابــد لانعقــاد العقد من أن يصادفه قبول بإرساء المزاد عليه ممن يملكه ، ولمــا كان هذا القبول لم يصدر من المطعون ضده ، وقام بإخطار الطاعن برفض عطائه، فإن عقدا مالا يكون قد انعقد بينهما " .

(طعن رقم ٥٦٩ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٢/٦/١٩٦٩)

٢- " إذا كان المطعون ضده الأول قد أثبت فى ختام محضــر جلسة المزايدة الأخيرة أنه قرر إخطار المزايدين بقراره خلال ثلاثة أيام بخطاب موصى عليه، ووقع الطاعن على هذا المحضر بعد هذه العبارة فإنه يكون بذلك قد قبل مد الأجل المحدد أصــلا للمطعــون

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٢ ص ٦٥ .

ضده الأول فى قائمة شروط المزايدة لاستعمال حقه فى القبــول أو الرفض ، ومتى كان هذا المطعون ضده قد أخطر الطاعن بــرفض عطائه خلال الثلاثة أيام التى قبل الطاعن مد الأجل إليها وبخطــاب موصى عليه فإن هذا الرفض يكون قد صدر فى حــدود السـلطة المخولة للطاعن بمقتضى شروط المزايدة وبالتالى منتجا لآثاره " .

(طعن رقم ٥٦٩ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٢)

١٦٧ـ الحق فى رفض العطاء :

يجوز للداعى للمزاد اشتراط تخويله الحق فى قبول أو رفــض العطاء دون إبداء الأسباب ، وفى هذه الحالة يكون مقــدم العطــاء ملزما بهذا الشرط ، ويجوز للداعى للمزاد رفض الإيجاب ولو كان العطاء المقدم هو أكبر العطاءات ولايجوز لمقدم العطاء الرجــوع عليه بشىء غير أنه يشترط أن يكون مقدم العطاء قــد علــم بهــذا الشرط أو كان فى مكنته العلم به .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان الطاعن قد قبل دخول المزايدة على أســاس قائمــة شروط المزايدة التى تحوى النص على تخويل المطعون ضده الحق فى قبول أو رفض أى عرض دون إبداء الأسباب ، ووقع عليها بما يفيد علمه بما تضمنته ، فإنه يكون قد ارتضاه ويكــون للمطعــون ضده إعمالا لهذا الشرط مطلق الحرية فى رفض أى عطــاء ولــو

كان هو العطاء الأخير دون أن يطلب منه إبداء سبب مشروع لهذا الـرفض ، ولا محـل للـرجوع فى هذه الحالة إلى الأحكام العامة الواردة فى القانون المدنى والتى يستند إليها الطاعن لأنها تعتبر من القواعـد المكملـة فـلا يلجأ إليها إلا عند عدم الاتفاق على قواعد خاصـة ، ومـن ثم فلا وجه لما يسنده الطاعن إلى المطعون ضده الأول من تعسف قوامه أنه لم يبد سببا مشروعا يبرر رفض عطائه وما يؤسسه على ذلك من أحقيته للتعويض " .

(طعن رقم ٥٦٩ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٢)

وإذا لـم يكـن هـناك شرط على حق الداعى للمزاد فى قبول العطاء أو رفضه دون إبداء الأسباب ، علم به مقدم العطاء أو كان بوسـعه العلـم به . فإنه يكون للداعى إلى المزاد أيضا الخيار فى قبول العطاء أو رفضه . بيد أنه إذا اتضح من الظروف أن الداعى للمـزاد ، بعدم إرسائه على صاحب أكبر عطاء بدون عذر مقبول بعـد أن دعا إليه، قامت مسئوليته على أساس العمل غير المشروع والتزم بالتعويض.

وقد يرى القاضى أن خير ما يفعله هو تقرير التعويض العينى، فيحكم باعتبار الصفقة قائمة مع من تقدم بالعطاء الأكبر [1].

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٠٠ .

١٦٨ـ الالتزام بالشروط الواردة بقائمة شروط المزاد :

يجوز أن تتضمن قائمة شروط المزاد شروطا خاصة ، وفى هذه الحالة يجب الرجوع إليها باعتبارها قانون المتعاقدين . طالما كان مقدم العطاء عالما بها وموافقا عليها .

وكما يجوز للمتعاقدين وفقا لنص الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ مدنى تعديل العقد باتفاقهما ، فإنه يجوز أيضا لكل من صاحب الدعوة إلى التعاقد بطريق المزاد بعد الإعلان عن شروطه، وللمتقدمين بالعطاءات .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذ كان المشرع قد نص فى القانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ على أن يكون البيع بطريق الممارسة أو المزاد العلنى وفقا للقواعد والإجراءات والشروط التى تحددها اللائحة التنفيذية فقد أفصح فى المذكرة الإيضاحية على أن الهدف من هذه الإحالة هو ترك ما يتطلبه تفصيل الأحكام وما يتعلق بالاحتمالات التى تكشف عنها تطبيقه لتعالجها اللائحة حتى يتيسر تعديلها كلما اقتضى ذلك ظروف الحال. لماكان ذلك وكان المستفاد من الأحكام التى انتظمتها اللائحة بشأن شروط البيع ومنها شروط سداد الثمن – أنها تقوم على أساس جوهرى هو أن يتم البيع بطريق الممارسة أو المزاد العلنى وبواسطة لجان خاصة ضمانا لسلامة الإجراءات وكفالة

لحقــوق ذوى الشــأن وفيما عدا ذلك فإن تلك النصوص لاتعدو أن تكون تبيانا للقواعد والإجراءات التى ترخص للجهة الإدارية القائمة علــى البيع مراعاتها مما يسوغ القول أنها وضعت قيودا على حق الدولة فى وضع شروط أكثر ملاءمة لاقتضاء حقها فى هذه البيوع وفى إطار المسلم أصلا من أن عقد البيع من العقود الرضائية التى تــتم وفقا للشروط التى يرتضيها طرفاه وإذ كان ذلك وكان المشرع لم يرتب البطلان جزاء مخالفة تلك الشروط الموضوعية ولم يحظر الاتفــاق علــى شروط مغايرة ومن ثم فإنها لاتكون متعلقة بالنظام العام وبالتالى يجوز الاتفاق على مخالفتها " .

(طعن رقم ١٦٩٩ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٢/١١/٩)

٢- " الــنص فى المادة ٩٩ من القانون المدنى على أن " لايتم العقــد فــى المــزايدات إلا برســو المزاد ..." مفاده أن العقد فى المــزايدات ينعقد كأصل عام بإيجاب من المزايد هو العطاء الذى يــتقدم به وقبول من الجهة صاحبة المزاد يتم برسو المزاد ، إلا أنه إذا تضــمنت شــروط المزاد أحكاما خاصة فى هذا الشأن فإن هذه الأحكام هى التى يجب الرجوع إليها باعتبارها قانون المتعاقدين " .

(طعن رقم ١٢٩٣ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٦/٣/١٦)

٣- " الــنص فــى المادة ٩٩ من التقنين المدنى على أنه "لايتم العقد فى المزايدات إلا برسو المزاد ..." يدل على أن التقدم بالعطاء

سـواء فـى المـزايدات أو المناقصات ليس إلا إيجابا من صاحب العطـاء يلـزم لانعقـاد العقـد أن يصادفه قبول بإرساء المزاد أو المناقصة عليه ممن يملكه واستخلاص تلاقى الإيجاب والقبول واقع تسـتقل بـتقديره محكمـة الموضوع بغير معقب عليها من محكمة الـنقض متى كان استخلاصها سائغا ، وكما يجوز للمتعاقدين وفقا لـنص الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ من القانون المدنى تعديل العقد باتفاقهمـا فإنـه يجـوز أيضا لكل من صاحب الدعوة إلى التعاقد بطريق المزاد بعد الإعلان عن شروطه والمتقدمين بالعطاءات، لما كـان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن الطاعن أرفق بعطائه الذى تقـدم بـه فى المزاد محل التداعى مبلغ مائتى جنيه كتأمين ابتدائى وهـو يقـل عن النسبة المحددة فى البند الثانى من شروط المزايدة وتعهـد بسـداد باقى التأمين عند رسوها عليه فقبلت منه المطعون ضـدها هذا الإيجاب المتضمن تعديلا لهذا الشرط وأخطرته برسو المـزاد عليه مما مفاده انعقاد العقد بينهما وفقا لهذا التعديل ولاينال من ذلك مطالبتها له بسداد باقى التأمين إذ أن هذه المطالبة تنصرف إلى استكمال التأمين الابتدائى ليصل إلى قيمة التأمين النهائى إعمالا للبـند الثانى عشر من شروط المزاد ووفقا لتعهده آنف الذكر، وإذ الـتزم الحكـم المطعـون فيه هذا النظر وانتهى فى حدود سلطته التقديرية وبأسباب سائغة لها أصلها الثابت بالأوراق ومن شأنها أن

تــؤدى إلى ما رتبه عليها – أن الطاعن أخل بإلتزاماته الناشئة عن ذلك العقد بما يرتب مسئوليته ويخول للمطعون ضدها مصادرة مبلغ التأمين المدفوع منه نفاذا للبند الثالث عشر من شروطه فإنه يكون قد أعمل صحيح حكم القانون " .

(طعن رقم ٢١٥٧ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٩٠/٦/١١ – غير منشور)

٤- " وحيث إن النعى سديد – ذلك أنه لما كان النص فى المادة ٩٩ من القانون المدنى على أن " لايتم العقد فى المزايدات إلا برسو المزاد ... " مفاده أن العقد فى المزايدات ينعقد كأصل عام بإيجاب مـــن المـــزايد هـــو العطاء الذى يتقدم به وقبول من الجهة صاحبة المـــزاد يتم برسو المزاد ، إلا أنه إذا تضمنت شروط المزاد أحكاماً خاصة فى هذا الشأن فإن هذه الأحكام هى التى يجب الرجوع إليها باعتــبارها قـــانون المتعاقدين ، كما أنه يصح فى القانون تضمين شـــروط المـــزايدة اتفاقاً على مصادرة التأمين المؤقت المدفوع من المزايد الراسى عليه المزاد إذا لم يكمله عند قبول عطائه أو اعتماد رســو المزاد عليه دون أن يغير هذا الجزاء من طبيعة هذا الاتفاق وأنـــه شـــرط جزائى يتضمن تقديراً اتفاقياً للتعويض عند الإخلال بشـــروط المـــزايدة يخضع لحكم المادة ٢٤٤ من القانون المدنى ، وكـــان الثابـــت بـــالأوراق أن شروط البيع بالمزاد التى جرى على أساســـها الـــتعاقد موضوع الدعوى تتضمن فى البند الأول منها أن يسدد المزايد عشرة آلاف جنيه بصفة تأمين قبل جلسة المزاد، وفى

البند الرابع أن يسدد من يرسو عليه المزاد بالنسبة لأراضى الخدمات ٦٠% من الثمن الأساسى الراسى عليه فى جلسة البيع مخصوماً منها قيمة التأمين السابق سداداه والمصاريف الإدارية فى موعد غايته ١٩٩٧/٣/٣١ ومن يتخلف عن هذا الميعاد يصادر مبلغ التأمين المدفوع لصالح الشركة، وفى البند العاشر على حق الشركة في أن تلغى جلسة البيع دون إبداء أسباب ، وكان مفاد هذه الشروط أن انعقاد العقد يكون بإيجاب من المزايد هو عطاؤه الذى يتقدم به طبقاً للأصل العام بينما يتم القبول من الجهة صاحبة المزاد (الطاعنة) ، أما ما ورد فى البند الخامس من التزام الراسى عليه المزاد سداد باقى الثمن المحدد فيه خلال أجل معين فإن ذلك هو أحد الالتزامات المترتبة على قيام العقد فى ذمة من رسا عليه المزاد. لما كان ذلك وكان الثابت أن المطعون ضده رسا عليه مزاد بيع قطعة الأرض محل الدعوى، وإذ لم يكن بين شروط البيع بالمزاد التزام الشركة الطاعنة بالحصول على ترخيص من محافظة القاهرة بإنشاء محطة خدمة وتموين سيارات بهذه الأرض وكان هذا الالتزام يقع على عاتق الشركة المطعون ضدها حسبما هو ثابت من تعهدها المؤرخ ١٩٩٧/٣/١٦ بعد جلسة المزايدة مباشرة والذى لم تجحده ، ومن ثم فقد أصبحت المطعون ضدها الراسى عليها المزاد ملتزمة بسداد باقى مقدم الثمن خلال أجل معين طبقاً لما ورد بشروط البيع بالمزاد وإذ تخلفت عن أداء هذا الالتزام فى الميعاد

المحدد فإنه يحق للشركة الطاعنة مصادرة التأمين طبقاً لشروط البيع بالمزاد بوصفه شرطاً جزائياً متفقاً عليه بين الطرفين . وإذ لم يلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بإلزام الطاعنة برد مبلغ التأمين المشار إليه فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه وشابه الفساد فى الاستدلال وخالف الثابت بالأوراق بما يوجب نقضه ".

(طعن رقم ١٠٧٥ لسنة ٧٢ ق جلسة ٢٠٠٤/٣/٢٣)

١٦٩ـ حالة اشتراط المصادقة على إرساء المزاد من شخص معين :

إذا كان من مقتضى شروط المزاد وجوب المصادقة على إرسائه من شخص معين أو من هيئة معينة . كما هى الحال فى بيع وإيجار أموال الدولة ، فإن المزاد لايعتبر أنه قد أرسى إلا إذا حصل ذلك التصديق . على أنه إذا حصل التصديق على إرساء المزاد عند لزومه ، اعتبر العقد منعقدا من تاريخ رسو المزاد ، وبمعنى أدق من تاريخ علم المتزايد بإرساء المزاد عليه[١] .

---

(١) وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تساءل بعض حضرات الأعضاء ... عن المزايدات الحكومية التى تحتاج إلى تصديق طبقا للقواعد المالية فأجاب عبده محرم بك بأنه لايمكن إرساء المزاد إلا بعد التصديق عليه إذ التصديق هو القبول بالإرساء ممن يملكه ... الخ " . (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٦٦) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مفاد نصوص المواد ٨، ١٧، ١٨ من لائحة شروط بيع أملاك الميرى الحرة الصادرة فى ٣١ من أغسطس سنة ١٩٠٢ مرتبطة- وعلـــى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن بيع أملاك الحكومة الخاصة المطروحة فى المزايدة لايتم ركن القبول فيها إلا بالتصديق علـــى البـــيع مـــن وزارة المالية ولايعتبر رسو المزاد وإيداع مبلغ التأمين إلا إيجابا صادرا من الراسى عليه المزاد " .

(طعن رقم ٤٤٧ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/١٠/٢٩)

١٧٠- التعاقد عن طريق المناقصة :

قــد يــتم التعاقد فى بعض الأحيان عن طريق المناقصة ، كما يحصـــل غالـــبا فى الاتفاق مع المهندسين أو المقاولين بشأن إقامة المـــبانى وغـــيرها من المنشآت الحكومية . والمناقصة ما هى إلا مـــزايدة فى تخفيض المقابل الذى يستحقه المتعاقد نظير العمل الذى يلـــتزم بـــه . ولذلـــك يسرى عليها ما يسرى على المزايدة بمعناها الضيق من أحكام .

١٧١- المزايدة أو المناقصة داخل مظـروفات :

الأصـــل فى المزايدة أن تحصل علنا ، فيعرف كل من يشترك فـــيها بالعطاء الذى يتقدم به غيره . وهذا ليس هو الحاصل فى كل الأحوال . فكثيرا ما تقع المزايدة أو المناقصة من غير أن يعلم من

يشـــترك فيها بعطاءات غيره . وهذه هى المزايدات أو المناقصات داخـــل مظـــروفات ، الـــتى يغلب أن تلجأ إليها الدولة وغيرها من الأشخاص العامة الأخرى فى مشروعاتها الكبرى .

والمـــزايدة أو المناقصة داخل مظروفات هى بالأساس مزايدة . ومن ثم تسرى عليها فى الأصل أحكام المزايدة التى ذكرناها سلفا. ويســـتثنى من هذه الأحكام ما تقتضيه سرية العطاءات المتمثلة فى عـــدم علم المتزايد أو المتناقص بعطاء غيره . ومؤدى ذلك اعتبار المتزايد أنه لم يعلق بقاء عطائه على عطاءات الآخرين ، وإنما هو يفـــترض فـــيه أنـــه بتقديمه عطائه داخل مظروف ، أراد أن يبقى عطاؤه هذا قائما إلى أن تفض المظروفات ويتقرر إرساء المزاد أو المناقصة ، ومن غير أن يتأثر عطاؤه هذا بما عساه أن يكون غيره قـــد تقـــدم به من عطاءات أخرى . وهكذا يكون للداعى للمزاد أو للمناقصـــة أن يتخير من العطاءات المقدمة ما يراه له أصلح ، دون أن يتقـــيد بقـــيمة أى مـــنها ، وذلك كله ما لم يتفق على غيره ، أو يقضى القانون بخلافه [١].

١٧٢ـ التخلى عن الاشتراك فى المزايدة :

ليس فى القانون ما يمنع من الاتفاق على أن يتخلى أى شخص بإرادتـــه واختياره عن الاشتراك فى المزايدة فى بيع اختيارى ومن ثم فإن التخلى فى هذه الحالة يكون صحيحا .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٠٢ وما بعدها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بـأن :

" ليس فى القانون ما يمنع من الاتفاق على أن يتخلى أى شخص بإرادته واختياره عن الاشتراك فى المزايدة فى بيع اختيارى طالما أن حرية التزايد متاحة لغيره من الراغبين فى الاشتراك فى المزاد ، وإذ كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد رفض إجابة الطاعن إلى طلب الإحالة إلى التحقيق لإثبات اتفاقه مع المطعون ضده على عدم التقدم لمزاد بيع الأرز موضوع الدعوى على أن يبيعه المطعون ضده كمية من الأرز التى يرسو مزادها عليه استنادا إلى أن هذا الاتفاق مخالف للنظام العام لأنه يحد من حرية المزايدة مما يجعل إثباته بالبينة غير جائز قانونا ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٤٠٨ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/١٢/٨)

١٧٣ـ طبيعة الحكم الصادر برسو المزاد :

أوضحت محكمة النقض طبيعة الحكم الصادر برسو المزاد بقولها :

" المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الحكم الصادر برسو المزاد ليس حكما بالمعنى المفهوم للأحكام الفاصلة فى الخصومات وإنما هو عقد بيع ينعقد جبرا بين مالك العقار المنعقد عليه وبين المشترى الذى تم إيقاع البيع عليه ومن ثم فإنه يترتب على صدور حكم مرسى المزاد وتسجيله الآثار التى تترتب على عقد البيع الاختيارى".

(طعن رقم ١١٥٦ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/٦/٢٥)

مــادة (١٠٠)

القــبول فى عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولايقبل مناقشة فيها .

الشـــرح

عقود الإذعـان :

١٧٤ـ تعريف عقد الإذعان :

عقد الإذعـــان contrat d'adhésion هو العقد الذى يسلم فيه القـــابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولايقبل مناقشة فيها ، وذلك فـــيما يـــتعلق بسلعة أو مرفق ضرورى تكون محل احتكار قانونى فعلى أو تكون المنافسة محددوة النطاق فى شأنها .

وهذا العقد وليد التطور فىالحياة الاقتصادية الحديثة . فالصورة التقلـــيدية للعقـــد تقوم على المساومة وتفترض مناقشة شروط العقد وبحثها بحرية من جانب الطرفين على قدم المساواة . ولكن النشاط المتزايد فى الحياة الاقتصادية أدى إلى زيادة هائلة فى عدد ما يجب أن يـــبرم من عقود ، واقتضى هذا ضرورة إبرام أكبر عدد ممكن فى أقل وقت وبأقل مجهود ، فترتب على ذلك بالنسبة إلى عدد كبير مـــن العقود أن انفرد الموجب بتحديد شروط العقد واستحال النقاش عـــند إبـــرامه . وقـــد وجد إلى جانب هذا التطور بالنسبة إلى عقد الإذعان تفاوت محسوس فى مركز الطرفين من الناحية الاقتصادية،

وذلــك بسبب ما يتمتع به الموجب فى هذا العقد من احتكار قانونى أو فعلــى فأصـــبح الموجب يقدم لمن يريد التعاقد معه شروط العقد ككــل يأخذه جملة أو يدعه ، ولابد لهذا الأخير من أن يتعاقد ، لأن المســألة تــتعلق بســلعة أو مرفق لاغنى عنه ، فهو بذلك يرضخ ويذعــن لمشــيئة الطــرف القــوى ، ومن هنا جاءت تسمية "عقد الإذعان"(١).

---

(١) عــبد المــنعم الصده ص ١٠٩ ومابعدها – عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٠٤ ومابعدهــا – وحــال مناقشة المادة بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اقترح حضرات مستشارى محكمة النقض أن تصاغ المادة ١٠٠ كمــا يــأتى : " عقد الإذعان هو الذى يقتصر موقف المتعاقد فيه على مجــرد التسليم بشروط مقررة وضعها المتعاقد الآخر غير قابل للمناقشة فيها ".

وذلك ليكون النص مطابقا لمرجعه (المادة ١٧٢ لبنانى) .

وقد حبذ سعادة دوس باشا الأخذ بالاقتراح لأنه يورد تعريفا لعقد الإذعان ولكــن حضرة مندوب الحكومة اعترض على الاقتراح بقوله إن الصيغة المقــترحة ليســت مطابقة لمرجع النص ثم أنها لاتتضمن تعريفا يبرز جميع خصائص عقود الإذعان بل ولو كملت مقومات التعريف لكان من الأنســب إغفاله لوجوب تجنب التعريفات فى نصوص التقنين ما أمكن. وخلــص حضــرته مــن ذلــك إلى أن نص المشروع أفضل من حيث الصياغة التشريعية ومناسبة السباق فهو يقتصر على إيراد حكم لاتعريف وهو يورد الحكم فى معرض بيان صور خاصة للقبول .

وقــد قررت الأغلبية عدم الأخذ بالاقتراح . أما معالى صبحى باشا فإنه يؤيد تعريف الإذعان (محضر الجلسة ٦٢) .

ومن أمثلة عقود الإذعان عقد العمل فى الصناعات الكبيرة ، وعقد التأمين بأنواعه المختلفة ، وعقد النقل مع الهيئة القومية للسكك الحديدية والتلغراف وشركات السيارات العامة وشركات البواخر وشركات الطيران ، وعقد الاشتراك فى المياه والنور والغاز والتليفون .

ففى هذه العقود يعرض الموجب إيجابه بصورة قاطعة لاتقبل النقاش ، ولا مفر للطرف الآخر من القبول لأنه يتعاقد مع محتكر لسلعة أو مرفق من ضروريات الحياة التى لا غنى عنها .

وقد جاء بملحق تقريرا اللجنة ما يأتى :
" اقترح تعديل المادة ١٠٠ بأن تستهل بعبارة (عقد الإذعان هو الذى يقتصر موقف المتعاقد فيه على مجرد التسليم) وبذلك تتمحض عبارتها لتعريف عقد الإذعان نفسه لا لوصف القبول فى عقود الإذعان على نحو ما فعل المشروع ، ليكون النص فى صيغته المقترحة " مطابقا لمرجعه" وهو المادة ١٧٢ من التقنين اللبنانى . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن الصيغة المقترحة ليست مطابقة لمرجع النص . ولم يكن فى الوسع أن تطابقه لأنه فقهى النزعة بصورة غير مألوفة فى التقنين . ثم أن هذه الصيغة لاتتضمن تعريفا يبرز خصائص عقود الإذعان ، بل ولو كملت مقومات التعريف لكان من الأنسب إغفاله لوجوب تجنب التعريفات فى نصوص التقنين ما أمكن . هذا إلى أن نص المشروع أفضل من حيث الصياغة التشريعية ومناسبة السياق . فهو يقتصر على إيراده حكم لاتعريف وهو يورد الحكم فى معرض بيان صور خاصة للقبول" (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٧١ ومابعدها) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- من حق عقود الإذعان، وهى ثمرة التطور الاقتصادى فى العهد الحاضر أن يقرر لها مكان فى تقنين يتطلع إلى مسايرة التقدم الاجتماعى ، الذى أسفرت عنه الظروف الاقتصادية ، وقد بلغ من أمر هذه العقود أن أصبحت ، فى رأى بعض الفقهاء ، سمة بارزة من سمات التطور العميق الذى أصاب النظرية التقليدية للعقد ، على أن المشروع لم ير مجاراة هذا الرأى إلى غايته بل اجتزأ بذكر هذه العقود ، واعتبر تسليم العاقد بالشروط المقررة فيها ضربا من ضروب القبول ، فثمة قبول حقيقى تتوافر به حقيقة التعاقد . ومع ذلك، فليس ينبغى عند تفسير هذه العقود إغفال ما هو ملحوظ فى إذعان العاقد. فهو أقرب إلى معنى التسليم منه إلى معنى المشيئة . ويقتضى هذا وضع قاعدة خاصة لتفسير هذه العقود ، تختلف عن القواعد التى تسرى على عقود التراضى ، وقد أفرد المشروع لهذه القاعدة نصا خاصا بين النصوص المتعلقة بتنفيذ العقود وتفسيرها "[١].

وقد أورد التقنين المدنى الجديد الأحكام التى أراد أن يخص بها عقد الإذعان فى ثلاثة نصوص متباعدة : الأول هو نص المادة (١٠٠) فى شأن القبول الذى ينعقد به العقد . والثانى هو نص المادة (١٤٩) الذى يمنح القاضى سلطة الإعفاء من الشروط التعسفية التى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٦٨ ومابعدها .

قــد يتضـــمنها العقــد . والثالث هو نص المادة (٢/١٥١) فى شأن تفسير العبارات الغامضة فى العقد . وكان أولى بالمشرع أن يورد أحكام عقد الإذعان فى موضع واحد ، منعا للتشتت والتناثر ، وهذا مــا فعلــه القانون المدنى الكويتى حيث نظم عقد الإذعان باعتباره إحــدى الصـــور التى يتم عليها التعاقد ، وأورد أحكامه فى موضع واحد ، وخصه بالمواد ٨٠، ٨١، ٨٢ منه .

كمـــا حـــرص الشـــارع على أن يكفل حماية تشريعية للطرف المذعــن. فـــأورد تنظيما خاصا للعقود الجديرة بهذا التنظيم ، وهى عقد التزام المرافق العامة (م٦٨٨ – ٦٧٣ مدنى) وعقد العمل (م ٦٧٤ – ٦٩٨ مدنـــى) وعقد التأمين (م٧٤٧ – ٧٧١ مدنى) وينظم عقد العمل أيضا القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ .

١٧٥ـ خصائص عقود الإذعـان :

يتميز عقد الإذعان بخصائص ثلاث أساسية هى :

١– أن يتعلق العقد بسلعة أو مرفق تعتبر من الضروريات ليس بالنسبة لفرد بعينه ، وإنما بالنسبة لجمهرة الناس ، بحيث لايستطيع هؤلاء الاستغناء عنها فى حياتهم، دون أن يلحقهم الأذى أو الضيق.

وتحديـــد ما إذا كانت السلعة أو الخدمة من ضروريات الحياة أم لامســـألة واقـــع ، وتدخـــل بالـــتالى فـــى سلطة قاضى الموضوع التقديرية[1].

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٠٧ – السنهورى ص ١٩١ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر الشركة الطاعنة محتكرة للسـيارات التى أعلنت عن إنتاجها والمعدة للاستعمال الخاص دون أن يبيـن بأسباب سائغة وجه اعتبارها من اللوازم الأولية للجمهور فـى هـذا المجتمع، ورتب الحكم على ذلك أن الإعلان الموجه من تلـك الشركة يعد إيجابا بالبيع ملزما لها ، وأن طلب حجز السيارة المقـدم مـن المطعون ضده الأول إلى الشركة الموزعة يعتبر منه قبولا للإيجاب الصادر من الشركة المنتجة ، وأن العقد الذى تم بناء علـى ذلـك يكـون من عقود الإذعان ولا يمنع من انعقاده ما ورد بطلب الحجز من شرط تعسفى أهدرته المحكمة، وبذلك حجب الحكم نفسه عن بحث ما تمسكت به الشركة الطاعنة من أن ما صدر منها لايعدو أن يكون دعوة إلى التعاقد أن طلب حجز السيارة المقدم إلى الشركة الموزعة هو الذى يعتبر إيجابا وكذلك عن بحث ما إذا كان هـذا الإيجـاب قد صادفه قبول انعقد به عقد بيع السيارة موضوع الـنزاع- فإنه يكون مشوبا بقصور فى التسبيب أدى به إلى الخطأ فى تطبيق القانون ".

(طعنان رقما ٣٩٦، ٣٩٨ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٤/٣/١٢)

٢- أن يكـــون أحد المتعاقدين محتكرا للسلعة أو المرفق، سواء أكـــان احـــتكاره هذا قانونيا أو فعليا ، أو على الأقل تكون سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ)- " يجـــب لكـــى يعتبر العقد عقد إذعان - على ما جرى به قضـــاء محكمة النقض - أن يتضمن احتكارا قانونيا أو فعليا أو فى القلـــيل سيطرة على السلعة أو المرفق تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق ، وإذ كان تأميم شركات النقل البحرى لايقوم فى ذاته دليلا علـــى الاحـــتكار لأن التأميم لايقتضى بطبيعته انعدام المنافسة بين الشـــركات المؤممـــة ولـــو عملت فى قطاع اقتصادى واحد، وكان الـــنزاع بيـــن طرفى الخصومة- على ما يبين من الحكم المطعون فـــيه- يـــدور حول عملية نقل داخلى مما يتولاه إلى جانب شركات الـــنقل المؤممـــة أفراد أو مؤسسات تابعة للقطاع الخاص مما يوفر عنصـــر المنافســـة بين جميع هؤلاء فى عمليات النقل وينتفى معه الاحـــتكار فيها ، فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى فى حدود السلطة الـــتقديرية لقاضى الموضوع إلى القول بعدم قيام احتكار فى عملية الـــنقل محل النزاع ، وبالتالى فلا يكون العقد موضوع الدعوى عقد إذعان ، لايكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ٢٤٨ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٦/٣)

(ب) " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن من خصائص عقود الإذعان أنها تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضرورات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين ، ويكون فيها احتكار الموجب لهذه السلع والمرافق احتكارا قانونيا أو فعليا أو تكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق وأن يكون صدور الإيجاب منه إلى الناس كافة وبشروط واحدة ولمدة غير محددة ؛ والسلع الضرورية هى التى لاغنى عنها للناس والتى لاتستقيم مصالحهم بدونها بحيث يكونون فى وضع يضطرهم إلى التعاقد بشأنها ولايمكنهم رفض الشروط التى يضعها الموجب ولو كانت جائرة وشديدة . ولما كان ذلك ، وكانت هذه الخصائص لاتتوافر فى التعاقد الذى تم بين الطاعنين والبنك المطعون ضده على التعيين فى وظيفة من الفئة التاسعة ، فإن الحكم المطعون فيه إذ نفى عن هذا التعاقد صفة الإذعان يكون متفقا مع صحيح القانون ، وما ينعاه الطاعنان على الحكم بعد ذلك من إخلال بقواعد المساواة فهو نعى يقوم على واقع لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع- هو التحقق من توافر شرط المساواة ، ومن ثم فلا يجوز التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض ويكون النعى غير مقبول ".

(طعن رقم ٧٤٩ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٢/١/٢)

٢- صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر أى لمدة غير محدودة . ويغلب أن يكون فى صيغة مطبوعة تحتوى على شروط مفصلة لاتجوز فيها المناقشة وأكثرها لمصلحة الموجب ، فهى تارة تخفف من مسئوليته التعاقدية وأخرى تشدد فى مسئولية الطرف الآخر ، وهى فى مجموعها من التعقيد بحيث يغمم فهمها على أوساط الناس [1].

---

(١) السنهورى ص ١٩٢- سمير تناغو ص ٤١ - وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي" وتتميز عقود الإذعان عن غيرها باجتماع مشخصات ثلاثة : أولها تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولى بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين . والثانى احتكار هذه السلع أو المرافق ، احتكارا قانونيا أو فعليا ، أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها . والثالث توجيه عرض الانتفاع بهذه السلع أو المرافق إلى الجمهور بشروط متماثلة على وجه الدوام بالنسبة لكل فئة منها . وعلى هذا النحو يعتبر من قبيل عقود الإذعان ، تلك العقود التى يعقدها الأفراد مع شركات الكهرباء والغاز والمياه والسكك الحديدية، أو مع مصالح البريد والتليفونات والتلغرافات أو مع شركات التأمين .

وقد ذهب القضاء فى مصر إلى أن عقود الإذعان تتوافر على حقيقة التعاقد ، وترتب جميع آثاره . ومع ذلك فقد جنح، فى نطاق معين ، للتخفيف من نتائج بعض الشروط الجائرة فيها . وقد حكم ، فيما يتعلق بحقيقة هذه العقود ، بأن كل تاجر يقوم بإيداع بضائعه فى مخازن شركة البوندد ، يفرض فيه العلم بأحكام اللائحة الداخلية ، التى قامت الشركة بنشرها ووضعها تحت تصرف الجمهور (استئناف مختلط ٧ ديسمبر

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" من خصائص عقود الإذعان أنها تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين ، ويكون فيها احتكار الموجب هذه السلع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا أو تكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق ، وأن يكون صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة والمدة غير محددة. وإذن فمتى كانت الحكومة قد أشهرت شروط مناقصة فى عملية إنشاء طريق ، وكان من مقتضى هذه الشروط أن يتقدم كل ذى عطاء بشروط العمل وتحديد زمنه وتكاليفه، ولم يكن الإيجاب فيه مستمرا لزمن غير محدد، وكان لكل إنسان حرية القبول أو الرفض بعد تقديم عطائه أصلا أو بتضمينه

سنة ١٩٢١ ب ٣٤ ص ٤٤) ، وأن الشروط المطبوعة فى عقود التأمين لها من قوة الإلزام ما للشروط المخطوطة بالنسبة للمؤمن (استئناف مختلط ٢٩ يناير سنة ١٨٩٠ ب٢ ص ٣٦٠) وأنه لايجوز للمؤمن إزاء ذلك أن ينازع فى سقوط اشتراط فى عقد التأمين بدعوى أن الاشتراط كان مطبوعا (استئناف مختلط ١٥ أبريل سنة ١٩٠٥ ب ١٨ ص ١٨٨) وقضى كذلك بأن الشروط الواردة فى تذكرة الشحن يجب أن تطبق بوصفها شريعة للمتعاقدين ، متى خلت مما يتعارض مع النظام العام (استئناف مختلط ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٧ ب ٣٩ ص ٤٠٥) (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٦٩ ومابعدها) .

الشـــروط الـــتى يرتضيها وتلك التى لايقبلها ، فإن التعاقد على هذه العملية لايعتبر عقدا من عقود الإذعان " .

(طعن رقم ٢٠٨ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/٤/٢٢)

١٧٦ـ مالا يعتبر من عقود الإذعــان :

الاتفــاق على عدم مسئولية المؤجر عما يصيب المحصول من هلاك بسبب القوة القاهرة ، لايجعل عقد الإيجار من عقود الإذعان.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الاتفاق على عدم مسئولية المؤجر عما يصيب المحصول من هـــلاك بسبب القوة القاهرة اتفاق جائز قانونا ولامخالفة منه للنظام العـــام كمـــا أن عقـــد الإيجار الذى يتضمن هذا الاتفاق لايعتبر من عقود الإذعان " .

(طعن رقم ٢٣٠ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٨/١١/١٣)

١٧٧ـ لايجوز التمسك بأن العقد ينطوى على شروط إذعان لأول مرة أمام محكمة النقض :

فقد قضت محكمة النقض بأن :

" التمســـك بـــأن قـــيود البناء الواردة فى عقد البيع الصادر من الشـــركة المطعـــون علـــيها يعتبر من شروط الإذعان التى لاسبيل للمشترى عند توقيعه إلى المناقشة فيها لايصح التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض ".

(طعن رقم ٢٨٠ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٦٠/٢/٢٥)

١٧٨ـ كيف يتم التعاقد بالإذعان :

يتم التعاقد فى عقود الإذعان بناء على إيجاب يصدر من مقدم السلطة أو الخدمة ، ثم قبول من الطرف المذعن .

فالإيجاب هو عرض السلطة أو الخدمة من صاحبها على من يشاء من الجمهور . وهو إيجاب مسخر ، يتم وفق شروط موضوعة سلفا ومنشورة على الناس ، بحيث يستطيعون العلم بها . ويترتب على كون الإيجاب مستمرا ، أنه إذا قبله أى شخص ، قام العقد نهائيا، وما استطاع مقدم السلعة أو الخدمة التحلل من إبرامه ، حتى إذا ما قعد عن تنفيذ الالتزامات المتولدة عنه ، انشغلت مسئوليته التعاقدية . ولكن يلاحظ أنه فى بعض الأحيان يقترن الإيجاب هنا بشروط أو تحفظات تمليها طبيعة التعاقد ذاتها ، بحيث لو أنها تخلفت ، اعتبر الإيجاب غير قائم أصلا . ومثال ذلك الإيجاب بالتأمين على الحياة الموجه للجمهور من شركات التأمين. فهذا الإيجاب معلق بالضرورة على شرط أن يكون المؤمن على حياته خاليا من الأمراض التى تتهدد الحياة . ومثال ذلك أيضا الإيجاب الموجه من شركات الخطوط الجوية وشركات النقل على خلاف أنواعها ، فهذا الإيجاب معلق على شرط أن يكون هناك مقاعد شاغرة .

والإيجـــاب فـــى عقود الإذعان ، على نحو ما ذكرنا لايعدو أن يكون تطبيقا للقاعدة العامة التى تقضى بأنه يصح أن يوجه الإيجاب إلـــى أشخاص غير محددين ، طالما كانت شخصية من يراد التعاقد معـــه غـــير ذات اعتـــبار أساسى فى التعاقد، وذلك مع مراعاة ما تقتضيه ظروف الحال .

ويـــتم القـــبول فـــى عقود الإذعان ، إذا جاء شخص وارتضى الإيجاب الموجه له ولغيره من أفراد الناس ، فينعقد العقد بمجرد أن يتصـــل رضاؤه هذا بعلم الموجب . ولايحول دون اعتبار ارتضاء الإيجـــاب هنا قبولا إياه من شأنه أن يقيم العقد ، أن يكون قد انبنى مـــن صاحبه على الرضوخ والإذعان لمشيئة الطرف الآخر . فهذا لايمنع من كون العاقد قد أراد العقد ، وكان فى وسعه أن يمتنع عن إبرامه . وعلى أية حال فالقانون يقنع بهذا النوع من الرضاء لذات انعقاد العقد . وإن رتب عليه آثارا معينة ستذكرها فيما بعد ، وهى آثار تسبغ حماية فعاله للطرف الذى جاء رضاؤه بالعقد عن رضوخ وإذعان لمشيئة غريمه [١].

١٧٩ـ حماية الطرف الضعيف فى عقد الإذعان :

أنظر شرح المادتين (١٤٩ ، ١٥١ مدنى) .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢١٠ ومابعدها .

مـــادة (١٠١)

١- الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقـــد معيـــن فـــى المستقبل لاينعقد ، إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه ، والمدة التى يجب إبرامه فيها .

٢- وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشـــكل تجب مراعاته أيضا فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد .

الشـــرح

١٨٠- تعريف الوعد بالتعاقد :

الوعد بالتعاقد promesse de contrat عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفيـــن أو كل منهما نحو الآخر بأن يعقد العقد الموعود به متى أظهر الموعود له رغبته خلال المدة المتفق عليها .

فهـــو عقد كامل يتم بإيجاب من الواعد وقبول من الموعودله ، ولكنه يمهد لعقد يراد إبرامه فيما بعد .

والغالـــب فـــيه أن يكون وعدا ملزما لجانب واحد هو الواعد ، حيث لايلتزم الموعود له بشىء. كأن يكون هناك شخص فى حاجة إلـــى قطعة أرض مجاورة ولايستطيع شراءها فى الحال لعدم قدرته على دفع الثمن ، فيعقد مع صاحب هذه الأرض اتفاقا يتعهد فيه هذا بأن يبيع الأرض له إذا أبدى رغبته فى شرائها خلال مدة معينة ،

فـيكون هـذا وعدا بالبيع يلتزم به صاحب الأرض . وكأن يشترط المؤجـر على المستأجر فى عقد الإيجار أن يشترى العين المؤجرة إذا أبـدى الأول رغبـته فى البيع خلال مدة الإيجار ، فيكون هذا وعدا بالشراء يلتزم به المستأجر .

وقد يكون الوعد ملزما للجانبين . كأن يعقد مالك منزل اتفاقا مع شـخص يعد فيه كل منهما الآخر ، فيعد المالك بالبيع إذا رغب هذا الشخص فى الشراء خلال مدة معينة ، ويعد هذا الأخير بالشراء إذا رغـب المالك فى البيع خلال هذه المدة ، فيصبح كل من الطرفين ملـتزما بـالوعد الذى يقع على عاتقه بمقتضى هذا الاتفاق . وهذا الوعـد الملـزم للجانبين فرض نظرى قل أن يقع فى العمل . وهو يخـتلف اختلافا جوهريا عن عقد بيع العقار الذى يسمى فى الحياة العملـية خطـأ بالعقد الابتدائى ، فهذا الأخير فى حقيقته عقد نهائى تترتـب عليه كل آثار البيع من وقت نشوئه ، وذلك فما عدا انتقال الملكـية الـذى يتراخى إلى حين تمام التسجيل . أما الوعد الملزم للجانبيـن فـإن اتفـاق الطرفين فيه على مدة يستطيع كل منهما أن يظهـر رغبته خلالها فى التعاقد يدل على أنهما لم يريدا أن يجعلا منه عقدا نهائيا ، وإنما أرادا وعدا يمهد لعقد نهائى يتم عندما يظهر أحدهمـا رغبـته فـى التعاقد ، ففى هذا الوقت فحسب تترتب آثار البـيع. فإذا مضت المدة المتفق عليها فى هذا الوعد دون أن يظهر

أى مـــن الطرفيـــن رغبته فى التعاقد سقط الوعد ، وفى هذه الحالة بزول ما كان يلتزم به كل من الطرفين نحو الآخر .

ومـــن هـــنا يتبيـــن أن الوعد بالتعاقد وسط بين الإيجاب والعقد الـــنهائى . فهـــو يزيد على الإيجاب ، لأنه عقد يتم بإيجاب وقبول، وهو دون العقد النهائى لأن الإيجاب والقبول فيه لاينصبان إلا على مجرد الوعد بالتعاقد [1].

---

(١) عبد المنعم الصده ص١٢٩ومابعدها – **وقد قضت محكمة النقض بأن** :
" مـــتى تبين أن ما ذهب إليه الحكم فى صدد عقد الوعد بالبيع موضوع الـــنزاع لايخـــرج عـــن كونه تفسيرا لنصوص ذلك العقد استدلت عليه المحكمـــة من وجهة ومقصود عاقديه من ألفاظه وعباراته وما قارنه من ظـــروف ثـــم انتهت المحكمة من ذلك إلى نتيجة سائغة عقلا تؤدى إليها مقدماتها فإن ذلك مما يدخل فى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع التى لارقابة لمحكمة النقض عليها " .
(طعنان رقما ٢٤٦ ، ٢٤٧ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/٦/١٣)
كما قضت بأن :
" إذا كان الثابت فى الدعوى أن .... وعد بشراء قطعة الأرض الواردة بالاتفاق المؤرخ ... وبالسعر المحدد به ، كما وعدت الشركة المطعون عليها بأن تبيعه هذه القطعة بذات السعر ، فإن هذا الوعد المتبادل بالبيع مـــن جانب الشركة والشراء من جانب ... هو بيع تام ملزم للطرفين ، تترتـــب علـــيه كل الآثار التى تترتب على البيع ، ولايؤثر عليه إرجاء الـــتحديد النهائى لمساحة المبيع – وإذ كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر الاتفاق المؤرخ... عقد بيع كامل الأركان ، ورتب على تنازل المشترى عن حقوقه فى هذا العقد إلى الطاعنين ، وقبولهما الحلول فيه ، ثم قبول

١٨١ـ شروط الوعد بالتعاقد :

١- يشترط أن يتفق فى الوعد بالتعاقد على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه . ويقصد بالمسائل الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه الأمور التى لاينعقد هذا العقد بغير التراضى عليها فهى بالنسبة للبيع الشىء المبيع والثمن فلا يكفى مثلا لقيام الوعد بالبيع أن يعد شخص بأن يبيع لآخر منزله ، إذا لم يكن قد حدد الثمن الذى يعد بأن يحصل البيع على أساسه وهى بالنسبة للإيجار العين المؤجرة والأجرة .

أما مدة الإيجار فهى وإن كانت ركنا فى العقد ، إلا أنه ليس من المحتم أن يعرض لها المتعاقدان مباشرة ، لا فى عقد الإيجار ذاته ولا فى عقد الوعد به ، إذ أن القانون فى مثل هذه الحالة ، يفترض أن المتعاقدين قد قصدا أن تكون مدة الإيجار هى تلك المحددة لدفع الأجرة (م ٥٦٣ مدنى) .

وهى بالنسبة للرهن ، العين المرهونة والدين المضمون .

والمعيار الذى يجب مراعاته لمعرفة ما إذا كانت المسائل الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه معينة فى الوعد من عدمه هو

الشركة المطعون عليها انتقال حقوق والتزامات المشترى الأول إليهما اعتبارهما مشتريين ، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه " .

(طعن رقم ٤١٧ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٢/٥/٢٥)

التساؤل عما إذا من شأن هذا العقد أن يقوم بمجرد أن يقبل الموعود لـــه دون حاجـــة إلى الاتفاق على شيء آخر أم لا . فإذا كان الأمر الأول ، فإن تعيين المسائل الجوهرية يعتبر حاصلا وإلا فلا[١] .

فـــلا يعتبر الوعد بالتعاقد قد تضمن الاتفاق على جميع المسائل الجوهـــرية للعقـــد الموعود بإبرامه ، إذا تضمن أن هناك شروطا أخرى للوعد لم يحددها الطرفان بالإضافة إلى الشروط التى حدداها بالوعد .

٢- تحديـــد المـــدة التى يلتزم الواعد بإبرام العقد الموعود به خلالها :

يشـــترط أن يتضمن الوعد المدة التى يلتزم الواعد بإبرامه العقد الموعود به خلالها إذا ما ارتضاه الموعودله . فإن تجرد الوعد عن هذا التحديد وقع باطلا .

بيد أنه لايلزم بالضرورة أن يكون تحديد المدة السابقة صريحا ، بل يكفى أن يستدل عليه ضمنا من ظروف الحال .

كما أنه لايلزم أن يكون تحديد تلك المدة تحديدا عدديا بالأيام أو الأشـــهر أو السنين مثلا ، وإنما يكفى أن يتضمن الوعد أساس ذلك الـــتحديد طالما كان سليما من شأنه أن يمكن قاضى الموضوع من إجرائه على نحو سائغ ومقبول .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٧٩ ومابعدها- السنهورى ص ٢٠٩ ومابعدها .

وتعيين المدة قد يقع صراحة كما يقع دلالة كما إذا كان العقد الموعود به لايجدى تنفيذه بعد فوات وقت معين ، فهذا الوقت هو المدة التى يجب فى خلالها إبرام هذا العقد . وإذا اتفق الطرفان على أن تكون المدة هى المدة المعقولة ، وكان فى عناصر القضية ما ينهض لتحديد هذه المدة ، جاز الوعد بالتعاقد لأن المدة هنا تكون قابلة للتحديد ، وإذا اختلف الطرفان على تحديدها تكفل القاضى بذلك [(١)].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يتناول النص حكم الوعد بالتعاقد سواء فيما يتعلق بالعقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد ، ويشترط لصحة مثل هذا الاتفاق التمهيدى تحديد المسائل الأساسية فى التعاقد ، والمدة التى يتم فيها ... الخ " [(٢)].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ)- " يشترط لانعقاد الوعد بالبيع سواء فى القانون المدنى القديم أو فى القانون القائم اتفاق الواعد والموعود على جميع المسائل الجوهرية للبيع الموعود به ، فضلا عن المدة التى يجب فيها على الموعود إظهار رغبته فى الشراء ، وذلك حتى يكون

---

(١) السنهورى ص ٢١٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٧٣ ومابعدها .

السبيل مهيأ لإبرام العقد النهائى بمجرد ظهور رغبة الموعود دون حاجة إلى اتفاق على شىء آخر . والمقصود بالمسائل الجوهرية أركان البيع وشروطه الأساسية التى يرى العاقدان الاتفاق عليها والتى ما كان يتم البيع بدونها – فإذا كان الطرفان قد أفصحا فى البند الرابع من عقد البيع المبرم بينهما الذى اعتبره الحكم المطعون فيه متضمنا وعدا من جانب الحكومة ببيع خمسمائة فدان ثانية للمطعون عليه عند وجود شروط أخرى – إلى جانب الشروط الواردة فى العقد– لم يعينها الطرفان وإنما تركا لوزارة المالية وضعها عند إبرام بيع هذه الصفقة ، وكان حرص الحكومة على الإشارة فى العقد إلى تلك الشروط الجوهرية للبيع والتى بدونها لاتقبل إبرامه ، فإن إظهار المطعون عليه رغبته فى الشراء لايؤدى بذاته إلى انعقاد بيع تلك الصفقة ، بل لابد لذلك من تعيين الشروط التى اتفق الطرفان على ترك أمر وضعها لوزارة المالية ومن قبول المطعون عليه لها بعد اطلاعه عليها ، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ اعتبر الاتفاق الوارد فى البند الرابع من العقد وعدا ببيع الخمسمائة فدان الثانية وذلك مع خلوه من بيان بعض شروط البيع الجوهرية ، وإذ انتهى الحكم إلى اعتبار بيع هذه الصفقة قد تم صحيحا بإظهار المطعون عليه رغبته يكون قد أخطأ فى القانون وخرج بقضائه عما اتفق عليه المتعاقدان " .

(طعن رقم ٥٣ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/١/٢٣)

(ب) – " يشـــترط لانعقاد الوعد بالتعاقد طبقا للمادة ١٠١ من القانون المدنى أن يتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية للعقد المـــراد إبرامه فضلا عن المدة التى يجب إبرامه فيها ، وذلك حتى يكون السبيل مهيئا لإبرام العقد النهائى بمجرد ظهور رغبة الموعود لـــه دون حاجـــة إلـــى اتفـــاق على شيء آخر والمقصود بالمسائل الجوهـــرية أركان هذا العقد وشروطه الأساسية التى يرى العاقدان الاتفاق عليها، والتى ما كان يتم العقد بدونها " .

(طعن رقم ١١ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٣/٤/٢١)

(ج)– " إذ كـــان الوعـــد بالإيجار الملزم لجانب واحد هو عقد بمقتضـــاه يـــتعهد صـــاحب العين بأن يؤجرها لآخر إذا رغب فى استئجارها، وكان هذا العقد وفقا للمادة ١٠١ من القانون المدنى لكى يعتـــبر ملزما لمن صدر منه الشرط أن تبين فيه العناصر الجوهرية لعقـــد الإيجـــار ، وأن تحدد فيه المدة التى يجوز فيها إلزام الواعد بإتمام الإيجار خلالها ، وكان الاتفاق على تحديد هذه المدة لايشترط أن يكون صريحا بل يجوز أن يكون ضمنيا فيحق أن يستخلص من ظروف الاتفاق المدة المعقولة التى يقدرها لنفاذ الوعد الإيجار، لما كان ذلك ، وكان الوعد بالإيجار مثار النزاع قد خلا من تقرير المدة التى يجوز فيها إلزام الطاعن الأول بإبرام عقد الإيجار الموعود به للمطعـــون عليه الأول فإنه لاتثريب على محكمة الموضوع إن هى

قــدرت المــدة التى اعتبرتها معقولة – تسع سنوات– فى نطاق ما تســتقل بــه مــن سلطة تقديرية وفق مقصود العاقدين ، وكان هذا التقدير لاينطوى على مخالفة لأية قاعدة آمرة نصت عليها القوانين الاســتثنائية لإيجار الأماكن ، فإن النص – على تحديد هذه المدة – يكون على غير أساس " .

(طعنان رقما ٥٦٥، ٥٧٠ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٣/٣٠)

(د)– " الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد هو – وعلى ما يبين من نص المادة ١٠١ من القانون المدنى – عقد بمقتضاه يتعهد صاحب الشــىء بأن يبيعه لآخر إذا ما رغب فى شرائه بما مؤداه أن الوعد بالبيع ينطوى على التزام من جانب واحد وأن تنفيذ الواعد بالتزامه هذا منوط بإبداء الموعود له رغبته فى الشراء " .

(طعن رقم ١٨٤٥ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٤/١٢)

(هــ) – " لما كان تحديد المدة (التى يظهر فيها الموعود رغبة فــى إبرام العقد خلالها) حسبما استقر على ذلك قضاء هذه المحكمة كمــا يجــوز أن يكــون صريحا يمكن أن يكون ضمنيا يستفاد من ظــروف الدعــوى وكانــت تأشيرة المحافظ مقرونة بالإحالة إلى الجهــات المختصــة لاتخاذ إجراءات البيع وكانت هذه الإجراءات بطبيعتها تأخذ مدة من الزمن فإن المدة المتفق عليها لإظهار الرغبة فى إتمام البيع هى المدة اللازمة لانتهاء من هذه الإجراءات " .

(طعن رقم ١٩١٥ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٠٠٣/٣١/٢٠– لم ينشر بعد)

١٨٢ـ شروط الانعقاد والصحة :

يترتــب على كون الوعد بالتعاقد عقدا ، ضرورة توافر شروط الانعقــاد والصـــحة اللازمة فى كل عقد بصفة عامة ، وهى تتعلق بالرضـــاء والمحــل والسبب وسلامة الإرادة من العيوب ، وتوافر الأهلية ويشترط توافر هذه الشروط وقت إبرام الوعد لا وقت إبرام العقــد الموعود به . وعلى ذلك فإذا وعد شخص ببيع شىء لآخر ، وجــب أن تتوافر لدى الواعد أهلية البيع وقت الوعد لا وقت إظهار الموعــود له إرادتــه . أمــا الموعود له فلا يشترط أن يكون أهلا للشراء وقت الوعد بل فى الوقت الذى يظهر فيه رغبته فى الشراء، لأنــه لــن يلتزم إلا فى هذا الوقت مادام الوعد غير متبادل لايلزم ســوى الواعد بالبيع . كذلك فإن العبرة فى سلامة إرادة الواعد هى بوقت الوعد [١].

١٨٣ـ الوعد بالتعاقد فى العقود الشكلية :

تــنص الفقرة الثانية من المادة على أن : " وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد " .

---

(١) المستشــار الدكــتور محمد شتا ص ٥٣٦ – الدكتور سعيد عبد السلام الوجيز فى المدخل لدراسة القانون والالتزام ٢٠٠٠/٢٠٠١ ص ٢٦٧ .

فيشترط فى الحالات التى يكون العقد الموعود به شكليا ، كعقد رهن رسمى أو عقد هبة ، أن يتم الوعد فى نفس الشكل الذى يتطلبه القانون للعقد المراد إبرامه .

وعلى هذا النحو فإن الوعد بإبرام رهن رسمى يجب أن يتم هو أيضا فى الشكل الرسمى ، والوعد بالهبة يجب أن يتم كذلك فى ورقة رسمية . وبغير ذلك لأمكن للأفراد التحايل على شرط الشكل وذلك عن طريق إبرام عقد وعد لايراعى فيه الشكل ثم تصطنع خصومة أمام القضاء ، ويصدر فيها حكم يقوم مقام العقد الشكلى المراد إبرامه دون أن يكون قد روعى شرط الشكل فعلا (١).

أما إذا كان العقد رضائيا ، فإن الوعد بهذا العقد يكون رضائيا مثله ، حتى لو اشترط المتعاقدان عند الوعد بالتعاقد أن يكون العقد النهائى مكتوبا فى ورقة رسمية . ذلك أن الرسمية المطلوبة فى العقد النهائىقد اشترطها المتعاقدان ولم يشترطها القانون . فالعقد الموعود به هو فى أصله عقد رضائى لا عقد شكلى (٢).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... إلا إذا كان القانون يعلق صحة العقد المقصود إبرامه على وجوب استيفاء شكل معين . ففى هذه الحالة ينسحب الحكم الخاص باشتراط الشكل على الاتفاق التمهيدى نفسه . ويوجه هذا النظر إلى

---

(١) السنهورى ص ٢١٠ومابعدها – سمير تناغو ص ٤٥ ومابعدها .

(٢) السنهورى ص ٢١٠ ومابعدها .

أن إغفال هذا الاحتياط يعين على الإفلات من قيود الشكل الذى يفرضه القانون ، مادام أن الوعد قد يؤدى إلى إتمام التعاقد المراد عقده ، فيما إذا حكم القضاء بذلك . ويكفى لبلوغ هذه الغاية أن يعدل المتعاقدان عن إبرام العقد الذى يرغب فى الإفلات من القيود الخاصة بشكله ، ويعمدا إلى عقد اتفاق تمهيدى أو وعد بإتمام هذا العقد ، لايستوفى فيه الشكل المفروض ، ثم يستصدر حكما يقرر إتمام التعاقد بينهما ، وبذلك يتاح لهما أن يصلا من طريق غير مباشر إلى عدم مراعاة القيود المتقدم ذكرها " [١].

ومع هذا فالوعد بإبرام عقد رسمى دون أن يتخذ الشكل الرسمى المطلوب للعقد لايكون خلوا من أى أثر قانونى ، لأنه يعتبر مع ذلك عقدا غير مسمى تم بإيجاب وقبول وفقا لمبدأ سلطان الإرداة ويرتب التزاما شخصيا فى ذمة الواعد ، ولما كان هذا الالتزام يتعذر تنفيذه عينا ، فلا يبقى إلا التعويض يحكم به على الواعد ، ويجوز أن يؤخذ به حق اختصاص فيؤدى عملا إلى نتيجة قريبة من الرهن الرسمى ، كما يجوز الحكم بسقوط أجل القرض الذى كان يراد ضمانه بالرهن ، وأخذ حق اختصاص بمبلغ القرض[٢].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٧٤ .

(٢) السنهورى ص ٢١١- المستشار أنور طلبه ص ٤٢١ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ومع ذلك، فالوعد بإبرام عقد رسمى لايكون خلوا من أى أثر قانونى ، إذا لم يستوف ركن الرسمية . فإذا صح أن مثل هذا الوعد لايــؤدى إلـــى إتمـــام التعاقد المقصود فعلا ، فهو بذاته تعاقد كامل يرتـــب التزامات شخصية ، طبقا لمبدأ سلطان الإرادة . وهو بهذه المثابة قد ينتهى عند المطالبة بالتنفيذ إلى إتمام عقد الرهن ، أو على الأقـــل إلـــى قيام دعوى بالتعويض ، بل وإلى سقوط أجل القرض الذى يراد ترتيب الرهن لضمان الوفاء به " [١].

---

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٧٥ .

مـــادة (١٠٢)

إذا وعـد شـخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يـتعلق مـنها بالشـكل متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضى به مقام العقد .

الشـــرح

١٨٤ـ آثار الوعد بالبيع قبل حلول الميعاد أو ظهور الرغبة :

سـواء كان الوعد بالتعاقد ملزما لجانب واحد أو ملزما للجانبين فإنـه إذا انعقـد صحيحا ، فطالما لم يحل الميعاد المحدد للوعد ولم يعـبر الموعود له عن إرادته للواعد ، فإنه لايكون للموعود له قبل الواعـد سـوى التزامات شخصية ، هى أن يقوم بوعده عند ظهور رغـبة الموعود له ، وهذا التزام بعمل ، ولكن لايترتب على الوعد ثمة آثار من آثار العقود الموعود به . فالوعد بالعقد لاينشيء حقوقا عينـية ، حتى ولو كان العقد المراد إبرامه من شأنه أن يؤدى إلى إنشاء حقوق عينية . فمثلا الوعد بالبيع لاينشئ للموعود له حقا عينيا على الشيء محل الوعد ، ولكنه ينشيء له حقا شخصيا فى مواجهة الواعـد . وعلى هذا النحو فإن الواعد يظل مالكا للشيء ويستطيع التصـرف فـيه بالبـيع لشـخص آخر ، وفى هذه الحالة لا يكون للموعـود له أن يرجع بشيء على المتصرف إليه ، وكل ما له هو أن يرجع بالتعويض على الواعد .

وإذا هلك الشيء قضاء وقدرا تحمل الواعد تبعة هلاكه ، لا لأنه لم يسلمه إلى المتعاقد الآخر فحسب كما في العقد النهائي ، بل أيضا لأنه لايزال المالك ، ولكنه لايكون مسئولا عن الضمان نحو الموعود له إذ المفروض أن الشيء هلك قضاء وقدرا [1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إنه إن جاز أن يحسب على من وعد بالبيع تحت خيار المشترى تصرفه قبل وقوع الخيار في جزء من العين التي وعد ببيعها ، وأن تضمن مسئولية هذا التصرف الرضائي باعتباره إخلالا بالاتفاق ، فإنه لايجوز بحال أن يحسب عليه نزع ملكية بعض العين للمنفعة العامة ، لأن نزع ملكية المبيع يجرى عليه حكم هلاكه ، وهذا يكون حتما على المالك ، وبحكم اللزوم العقلي لايضمن عنه الواعد بالبيع " .

(طعن رقم ٥١ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٨/١/١٣)

٢- "إذا اتفق الطرفان على أن لأحدهما الخيار في مدة معينة في أن يشترى العين فإن صاحب الخيار لايتحلل من التضمينات إلا عند عدم قبول التعاقد في الفترة المحددة للاختيار . أما إذا قبل التعاقد فإنه يصبح مسئولا عن تنفيذه وملزما بالتضمينات في حالة عدم التنفيذ " .

(طعن رقم ٥٦ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٤٢/٥/١٤)

---

(١) السنهوري ص ٢١٣ – سمير تناغو ص ٤٦ – المستشار محمد شتا ص ٥٣٧ ومابعدها .

١٨٥ـ آثار الوعد بالبيع بعد انتهاء الميعاد أو ظهور الرغبة :

إذا انتهت مدة الوعد دون أن يظهر الموعود له رغبته فى التعاقد سقط الوعد ، وفى هذه الحالة يزول ما كان يلتزم به أحد الطرفين أو كل منهما نحو الآخر ، لا فرق فى ذلك بين أن يكون الوعد ملزما لجانب واحد أو ملزما للجانبين . ولايصح قصر هذا الحكم على الوعد الملزم لجانب واحد ، لأن اتفاق الطرفين فى الوعد الملزم للجانبين على مدة لإبداء الرغبة فى التعاقد يعنى أن إرادتهما قد اتجهت إلى التحلل من هذا الوعد إذا لم تظهر هذه الرغبة من جانب أى منهما فى خلال هذه المدة . وكذلك يسقط الوعد إذا كانت المدة لم تنته ولكن الموعود له أعلن عدم رغبته فى التعاقد ، إذ يكون قد نزل عن الحق الذى له قبل الواعد .

أما إذا أظهر الموعود له رغبته فى التعاقد قبل فوات المدة المعينة لذلك فإن العقد النهائى يتم ، ويعتبر تمامه هذا من وقت إبداء الرغبة لا من وقت قيام الوعد لأن إبداء الرغبة فى التعاقد يكون بمثابة قبول لإيجاب يتمثل فى الوعد الذى يلتزم به الواعد والذى يشتمل على جميع المسائل الجوهرية للعقد النهائى . فوقت إبداء الرغبة هو الوقت الذى يتم فيه العقد النهائى ، وهو بالتالى

الوقــت الذى تترتب فيه آثار العقد [١]. وذلك دون إرادة جديدة من جانب الواعد .

فقيام العقد إذن لايحتاج إلى رضاء جديد من جانب الواعد .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الوعد بالإيجار عقد غير مسمى ينشىء فى ذمة الواعد التزاما نحو الموعود له بأن يؤجر له العين إذا أظهر رغبته فى استئجارها خلال مدة معينة وينقلب إلى إيجار كامل بمجرد ظهور هذه الرغبة دون حاجــة إلـــى رضاء جديد من جانب الواعد الذى يلتزم عندئذ بجميع التزامات المستأجر " .

(طعن رقم ٥٠١٥ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٥/٦/١٤)

علـــى أنـــه لايعتد برضاء الموعود له إلا إذا جاء على نحو ما تضـــمنه الوعد . فإذا قبل الموعود له إبرام العقد ، ولكن على نحو يتغاير مع اتفق عليه فى الوعد كشروط له ، فإنه لايقوم أصلا .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" يشـــترط قانونا لانعقاد عقد بيع إذا ما أبدى الموعود له رغبته فـــى التعاقد ، مطابقة إرادته لإرادة الواعد التى عبر عنها فى وعده مطابقـــة تامـــة فى كل المسائل الجوهرية التى تناولها التعاقد ، فإذا اقترنـــت هذه الرغبة بما يعدل فى الوعد فلا ينعقد العقد ما لم يقبل

---

(١) عبد المنعم الصده ص ١٣٥ ومابعدها – المستشار محمد شتا ص ٥٣٨.

الواعد هذا التعديل ، إذ تعتبر هذه الرغبة بمثابة إيجاب جديد فلا ينعقد به العقد إلا إذا صادفه قبول من الطرف الآخر فإذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت بأسباب سائغة وفى نطاق سلطتها الموضوعية أن إرادة طرفى العقد لم تتطابق بشأن ركن الثمن ، فإن الحكم إذ انتهى إلى أن البيع لم ينعقد لفقده ركنا جوهريا من أركان انعقاده وهو الثمن ، ورتب على ذلك بقاء عقد الإيجار المبرم بينهما من قبل ساريا كما كان قبل إظهار المستأجر رغبته فى الشراء لايكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ١٩٨ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٥/١١/١٦)

و يكفى لقيام العقد الموعود بإبرامه أن يرتضيه الموعود له ويتصل رضاؤه بعلم الواعد فى المدة المحددة ، فلا يلزم بعد ذلك أن يقوم الموعود له بالوفاء بالالتزامات التى يرتبها عليه العقد الذى ارتضاه ، ما لم يتفق فى الوعد على غير ذلك كما لايمنع من قيام العقد قيام الخلف بين الطرفين حول تنفيذ كل منهما لالتزامات ، ما لم يستدل من سكوت الموعود له على أنه أراد أن يوجب للواعد بالتقايل عن العقد الذى قام ، وفى هذه الحالة ، إذ قبل الواعد بدوره التقايل إن صراحة أودلالة، اعتبر العقد الموعود بإبرامه أنه قام فعلا، ولكنه انحل بعد قيامه. واستخلاص حصول التقايل هنا من عدمه مسألة واقع ، ويدخل بالتالى فى سلطة قاضى الموضوع التقديرية .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مؤدى نص المادتين ٩٥، ١/١٠١ من القانون المدنى أنه متى اتفق الواعد والموعود على جميع المسائل الجوهرية للبيع الموعود به وعلى المدة التى يجب فيها على الموعود إظهار رغبته فى الشراء، ينعقد العقد بمجرد إعلان هذه الرغبة خلال مدة الوعد ، ولايؤثر فى صحة انعقاده ونفاذه قيام الخلف بين الطرفين حول تنفيذ أى منهما لالتزاماته المترتبة عليه لأنهما فى النهاية يخضعان فيما اختلفا فيه لأحكام القانون الواردة فى هذا الخصوص، لما كان ذلك ، وكان المقصود بالمسائل الجوهرية أركان البيع وشروطه الأساسية التى يرى المتعاقدان الاتفاق عليها والتى ما كان يتم البيع بدونها ، وكان الطرفان – على ما يبين من عقد ١٩٧٣/٩/١٤ – لم يفصحا عن وجود شروط أخرى أرادا تعيينها لانعقاد الوعد بالبيع عدا أركانه الأساسية وهى المبيع والثمن ، ولم يشترطا أن العقد لايتم عند عدم الاتفاق على المسائل التفصيلية مثل ميعاد الوفاء بالثمن، فإن هذا الوعد الصادر من المطعون ضدهما قد انقلب إلى عقد بيع تام يرتب كافة آثاره القانونية بمجرد ظهور رغبة الطاعن فى الشراء بإنذاره المعلن لهما فى ١٩٧٦/٩/٩ وإذ لم يلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم ٧٩٠ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/٢/٢٧)

١٨٦ـ امتناع الواعد عن تنفيذ وعده :

إذا أعلن الموعود له رغبته فى التعاقد ، وامتنع الواعد عن تنفيذ العقد النهائى الذى تم بإعلان هذه الرغبة كان للموعود له أن يستصدر حكما يقوم مقام العقد . وإذا كان العقد الموعود به بيع عقار فإنه بتسجيل هذا الحكم تنتقل ملكية العقار إلى الموعود له. غير أنه إذا كان محل العقد الموعود به شيئا معينا بالذات وتصرف فيه الواعد إخلالا منه بوعده فلا يبقى أمام الموعودله فى هذه الحالة سوى الرجوع على الواعد بالتعويض (١).

ويقوم الحكم الذى يصدره القاضى مقام العقد الموعود بإبرامه ويكون حكم القاضى مقررا هنا لامنشئا بمعنى أن العقد الموعود به يعتبر منعقدا لا من الوقت الذى يصدر فيه الحكم ولكن من الوقت الذى يكون فيه الموعود له قد عبر عن رغبته فى إبرام العقد النهائى ويكون الحكم الذى يصدره القاضى منشئا إذا كان المتعاقدان فى عقد الوعد قد جعلا انعقاد العقد الموعود به متوقفا على كتابة فى ورقة رسمية إذ لايكفى هنا أن يعبر الموعود له فقط عن رغبته فى إبرام العقد النهائى بل لابد أن يتعاون كل من الواعد والموعود له فى إعداد الورقة الرسمية فإذا نكل الواعد عن ذلك وقاضاه الموعود له. فإن الحكم الذى يصدره القاضى يكون منشئا لا مقررا.

---

(١) عبد المنعم الصده ص ١٣٦ .

ولايعتـــبر العقد الموعود به منعقدا إلا من وقت صدور الحكم لا فى الوقت الذى يكون فيه الموعود له قد عبر عن رغبته فى إبرامه[1].

غير أنه إذا كان تنفيذ الوعد مرهقا للواعد فيجوز فى هذه الحالة أن يقتصر القاضى على إلزام الواعد بدفع تعويض نقدى متى كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما (م٢٠٣/٢ مدنى) .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

١- " إنـــه وإن كـــان الأصل أن للدائن طلب تنفيذ التزام مدينه عيـــنا، وكان يرد على هذا الأصل استثناء من حق القاضى إعماله تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٢٠٣ من القانون المدنى أساسه ألا يكـــون هـــذا التنفيذ مرهقا للمدين فيجوز فى هذه الحالة أن يقتصر على دفع تعويض نقدى متى كان ذلك لايلحق بالدائن ضررا جسيما، إلا أنه لما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أنه لم يتضمن ما يفيد أن الطاعن الأول دفع الدعوى بأن تنفيذ الوعد بالإيجار عينا ينطوى علـــى رهـــق له وأبدى استعداده للتنفيذ بمقابل ، وكان الطاعنان لم يقدمـــا مـــا يدل على تمكسهما بهذا الدفاع أمام محكمة الموضوع ، وهـــو أمـــر يخالطـــه عناصـــر واقعية ويقتضى تحقيق اعتبارات موضـــوعية ، فإنـــه لايجـــوز لهمـــا إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض، ويكون النعى غير مقبول " .

(طعنان رقما ٥٦٥، ٥٧٠ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٣/٣٠)

---

(١) المستشـــار مصـــطفى هرجه العقد المدنى – دار محمود للنشر والتوزيع ص ١١٠ ومابعدها .

٢- " لما كان الطاعن قد استنجذ المطعون ضدهم في إتمام العقد النهائي بإظهار رغبة في إتمام هذا العقد في أشكال مختلفة بداية من الإنذار حتى رفع هذه الدعوى (بندب خبير لتقدير ثمن الأرض محل الوعد بالبيع) بعد أن لمس رغبة منهم في النكول عن الوعد بتوقف إجراءات البيع التي طلب المحافظ اتخاذها رغم موافقة بعض الجهات المختصة عليه وتسليمه الأرض وإصدار ترخيص له يحمل رقم ١ لسنة ١٩٨٤ من مجلس مدنية شبرا الخيمة بإقامة سور حولها واستغلالها فعلا في الغرض المطلوب الشراء من أجله وكان يجوز للموعود إعمالا لحكم المادة ١٠٢ من القانون المدني في حالة نكول المتعاقد الآخر من إنجاز وعده مقاضاته طالبا تنفيذ الوعد متى كانت الشروط اللازمة لتمام العقد متوافرة ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض الدعوى لعدم توافر شروط الوعد بالبيع فإنه يكون معيبا " .

(طعن رقم ١٩١٥ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٠٠٣/٣/٢٠)

١٨٧- سقوط حق الموعود له بفوات المدة دون أن يعلن رضاءه بالوعد دون إجراء آخر :

إذا انقضت المدة المحددة لبقاء الوعد ، دون أن يعلن الموعود له الواعد برضائه بالتعاقد، فإن الوعد يسقط من فوره ، ومن تلقاء نفسه دون حاجة من الواعد إلى اتخاذ إجراء ما كتنبيه أو إعذار .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان المطعون عليه قد تعهد بأن يبيع عقارا للطاعن إذا قبل هذا الأخير ذلك وقام بدفع الثمن فى خلال مدة معينة ، فإن الحكم لا يكون قد أخطأ إذ كيف هذا الاتفاق بأنه وعد بالبيع من جانب المطعون عليه يسقط من تلقاء نفسه بلا إنذار ولاتنبيه إذا انقضى الأجل دون أن يظهر الطاعن رغبته فى الشراء ، ذلك أن الطاعن لم يلتزم بشىء بل كان له الخيار إن شاء قبل إيجاب المطعون عليه ودفع الثمن خلال الأجل المتفق عليه ، وإن شاء تحلل من الاتفاق دون أية مسئولية عليه ".

(طعن رقم ٢٠٢ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/٥/٦)

١٨٨- عدم سقوط الوعد بالعقد بالموت :

موت الواعد أو الموعود له لايؤثر فى إمكانية قيام العقد الموعود به ، إذا حصل الرضاء به فى ميعاده . فالوعد بالعقد لايسقط بالموت .

فإذا مات الواعد ، بقى للموعود له خياره فى قيام العقد الموعود به ، ليباشره فى مواجهة ورثة الواعد ، حتى إذا ما صدر رضاؤه بذات العقد على نحو ما يتطلبه القانون ، قام وانعقد . وإذا مات الموعود له ، انتقل خيار قيام العقد الموعود به إلى خلفائه ، ما لم يكن الوعد قد أعطى له بمراعاة شخصه [١].

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص١٨٦ ومابعدها – المستشار الدكتور محمد شتا ص ٥٣٨ .

١٨٩ـ العدول عن الخطبة :

الخطـبة هى تمهيد لعقد الزواج وليست ركنا من أركانه ، فهى وعـد بعقد زواج . وليس للوعد بعقد قوة إلزام عند جمهور الفقهاء خلافا لمالك فى بعض أقواله ، بل وفى بعض الأقوال المروية عنه أن الوعد يجب الوفاء بحكم القضاء فى بعض الأحوال ، أنه لايلزم الوفاء بالوعد فى الخطبة .

وعلى ذلك فإنه يجوز لأى من الخاطبين العدول عن الخطبة فى أى وقـت دون مسـئولية علـيه ، وأيا كان سبب العدول ولو كان العدول دون مبرر .

وهذا لايمنع أن العدول عن الخطبة دون مبرر مكروه شرعا لما فيه من إخلاف للوعد والرجوع عن القول لكنه غير محرم .

فالمكـروه هو الفعل الذى لا يثاب فاعله ولا يأثم بفعله وبالتالى لايعاقب عليه بشىء (١).

أمـا إذا كان العدول عن الخطبة قد لازمته أفعال أخرى مستقلة عنهما استقلالا تاما ، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضررا ماديا أو أدبـيا بـأحد المتواعديـن ، فإن وقعت منه يكون مسئولا عما لحق

---

(١) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى الأحوال الشخصية المجلد الأول ص ٣٤ ومابعدها .

الآخـــر مـــن ضرر على أساس أن هذه الأفعال – بغض النظر عن العدول المجرد – أفعال ضارة موجبه للتعويض (م١٦٣ مدنى) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن الخطبة ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج . وهذا الوعد بالزواج لايقيد أحدا من المتواعدين ، فلكل منهما أن يعدل عنه فى أى وقت شاء ، خصوصا وأنه يجب فى هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحـــرية فـــى مباشرته لما للزواج من الخطر فى شئون المجتمع ، وهـــذا لا يكـــون إذا كان أحد الطرفين مهددا بالتعويض . ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه، باعتبار أنهما مجرد وعد فعدول، قـــد لازمتهما أفعال أخرى مستقلة عنهما استقلالا تاما ، وكانت هذه الأفعـــال قـــد ألحقت ضررا ماديا أو أدبيا بأحد المتواعدين ، فإنها تكـــون مستوجبة التضمين على من وقعت منه . وذلك على أساس أنهـــا هى فى حد ذاتها – بغض النظر عن العدول المجرد – أفعال ضارة موجبة للتعويض " .

(طعن رقم ١٣ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٣٩/١٢/١٤)

ومثل الأفعال المستقلة عن مجرد الوعد والتى ترتب الحق فى الـــتعويض ، أن تكـــون المخطوبـــة طالبة أو عاملة ، وطلب منها الخاطـــب ترك الدراسة أو الاستقالة من العمل ، أو أن يطلب منها إعداد أثاث معين لايمكنها الانتفاع به .

مـــادة (١٠٣)

١- دفــع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك .

٢- فــإذا عدل من دفع العربون ، فقده . وإذا عدل من قبضه رد ضعفه . هذا ولو لم يترتب على العدول أى ضرر .

الشرح

١٩٠- تعريف العربـون :

العــربون - فـــى التقنين المدنى الجديد - مبلغ من النقود (أو منقول من نوع آخر). يدفعه أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد، يعتــبر دليلا على أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عن العقد خلال المدة التى يجوز له فيها ذلك . فإذا مضت هذه المدة دون أن يعدل أحدهما صار العقد باتا لايجوز العدول عنه .

غــير أنـــه يجــوز للمتعاقدين الاتفاق صراحة أو ضمنا - كما ســنرى- على أن يكون دفع العربون لتأكيد العقد ، وفى هذه الحالة لايجوز لأى منهما أن يعدل عن العقد [١].

---

(١) الدكــتور أنــور سلطـــان شرح البيع والمقايضة الطبعة الثانية ١٩٥٢ ص ١١٦ .

دلالة العربون :

١٩١ - (أ) دلالة العربون : فى ظل التقنين المدنى القديم :

لــم يرد فى التقنين المدنى القديم نص فى دلالة دفع العربون . فكان القضاء يأخذ بما يتضح من إرادة المتعاقدين . فكان يأخذ تارة بدلالة العدول عن العقد ، وأخرى بدلالة تأكيد العقد والبت فيه .

فــإذا قــام شك فى إرادة المتعاقدين ، فكان ذلك التقنين يستعين بالعــرف . وكان العرف الجارى على أنه فى البيع يكون العربون فــى العقــد الابتدائى دليلا على جواز العدول ، وفى العقد النهائى دلــيلا على التأكيد والبت . أما فى عقد الإيجار فالعربون دليل على التأكيد والبت [١].

(١) الســنهورى ص ٢١٥ ومابعدها – عبد المنعم الصده ص ١٣٧ – وكان المشــروع التمهيدى يأخذ فى المادة ١٥٢ المقابلة للمادة (١٠٣) بما أخذ بــه القضــاء فى ظل التقنين المدنى القديم إذ نصت المادة المذكورة فى فقــرتها الأولى على أن : " ١- يكون العربون المدفوع وقت إبرام العقد دلــيلا على أن العقد أصبح باتا ، لاعلى أنه يجوز العدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك " .
إلا أن النص عدل بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ وجاء بتقريرها: " رأت اللجــنة أن تأخذ بحكم يخالف ما قررته المادة تمشيا مع العرف . فعدلت الفقرة الأولى بإبدال عبارة (لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عــنه) بعــبارة (العقــد بات لايجوز العدول عنه) وحذف عبارة (أو العــرف) لــزوال وجه الحاجة إليها بعد التعديل واستعاضت عن الفقرة الثانــية بالنص الآتى (فإذا عدل من دفع العربون فقده . وإذا عدل من

١٩٢- (ب) دلالة العربون فى ظل التقنين المدنى الجديد :

تنص المادة ١٠٣ صراحة على أن دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه .

فالأصل إذن أن دفع العربون دلالة على الحق فى العدول عن العقد فيجوز لكل من المتعاقدين العدول عن العقد فى المدة التى يجوز فيها ذلك . ومعنى ذلك أن العربون لايفيد تأكيد العقد . ويسرى ذلك على كافة العقود ، كالبيع والمقايضة والإيجار .

غير أن المادة أجازت للمتعاقدين أن يتفقا على خلاف ذلك ، فحكم العربون لايتعلق بالنظام العام ، فيجوز إذن للمتعاقدين أن يتفقا على أن القصد من دفع العربون تأكيد الثبات فى العقد ، فلا يجوز لأى منهما العدول عنه .

قبضه رد ضعفه ولو لم يترتب على العدول ضرر) . وقد صدرت اللجنة فى هذه الإضافة عن وجوب التمشى مع العرف . ولم تر محلا للإبقاء على الفقرة الثالثة فحذفتها تاركة أمر تفسير نية المتعاقدين لتقدير القاضى. وأصبح النص كالآتى :

١- دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك .

٢- فإذا عدل من دفع العربون فقده ، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه . هذا ولو لم يترتب على العدول أى ضرر " .

وأصبح رقم المادة ١٠٣ .

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٨٠ وما بعدها)

ومفاد ذلك أن المشرع جعل من دفع العربون وقت إبرام العقد قرينة قانونية على أنه يفيد منح كل من المتعاقدين حق العدول أو خيار العدول عن العقد الذى أبرماه . إلا أن هذه القرينة بسيطة فيجوز دحضها بإقامة الدليل على أن إرادة المتعاقدين المشتركة قد اتجهت صراحة أو ضمنا إلى ما يخالفها ويجوز دحض هذه القرينة بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن [1].

واتفاق المتعاقدين على أن يكون العربون للتأكيد والبت كما يكون صريحا ، **يصح أن يكون ضمنيا .**

ومن القرائن التى تدل على أن العربون ليس له دلالة الرجوع- كما هو الأصل الوارد بالمادة - أن يكون المبلغ المدفوع كبيرا، كما إذا اشترى شخص سيارة مثلا بمائة ألف جنيه ، ودفع من الثمن خمسين ألف أو أكثر. فجسامة المبلغ المدفوع بالنسبة إلى الثمن المطلوب، تنهض بذاتها قرينة ، وإن لم تكن قاطعة ، على أن المتعاقدين لم يقصدا منه أن يكون عربونا مخولا حق العدول عن البيع ، وإنما قصد به أن يكون جزءا معجلا من الثمن فى بيع بات لا رجوع فيه . والأمر من بعد متروك لتقدير قاضى الموضوع[2].

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٨٩ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٨٩ هامش (٣) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مقتضـــى نـــص المادة ١٠٣ من القانون المدنى ، أن دفع العـــربون وقت إبرام العقد ، يدل على جواز العدول عن البيع ، إلا إذا اتفـــق الطرفان صراحة أو ضمنا على أن دفع العربون قصد به تأكيد العقد ، فيعتبر المدفوع تنفيذا له وجزءا من الثمن " .

(طعن رقم ٥٥٦ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/٢/٢٦)

٢- " العـــربون هو ما يقدمه أحد العاقدين إلى الآخر عند إنشاء العقـــد ، وقـــد يريد العاقدان بالاتفاق عليه أن يجعلا عقدهما مبرما بيـــنهما على وجه نهائى وقد يريدان أن يجعلا لكل منهما الحق فى إمضـــاء العقد أو نقضه ونية العاقدين هى وحدها التى يجب التعويل عليها فى إعطاء العربون حكمه القانونى " .

(طعن رقم ٦ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٤/٣٠)

٣- " الـــنص فـــى الفقـــرة الأولى من المادة ١٠٣ من القانون المدنـــى علـــى أن " دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فىالعدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك " يدل على أنه وإن كان لدفع العربون دلالة العدول ، إلا أن شروط التعاقد قـــد تقضـــى بغير ذلك والمرجع فى بيان هذه الدلالة هو لما تستقر علـــيه نـــية المتعاقدين وإعطاء العربون حكمه القانونى ، وإذ كان

الحكــم المطعــون فيه بعد أن أورد نص البندين ... ، ... من عقد البــيع – وقد جاء صريحا فى أن ما دفعه المشتريان هو"عربون" – والــذى يــنص أولهما على موعد محدد للتوقيع على العقد النهائى ويتضمن الثانى الشرط الفاسخ الصريح انتهى إلى أن نية المتعاقدين استقرت على أن يكون العقد باتا – وهو استخلاص موضوعى سائغ – ثــم رتب الحكم على ذلك رفض دفاع الطاعنين البائعين بأن لهما الحــق فى خيار العدول فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه".

(طعــنان رقمــا ٢٨٦ لسنة ٣٨ق ، ٥ لسنة ٣٩ ق – جلسة ١٩٧٥/٢/٢٣)

٤– " الــنص فى المادة ١٠٣ من التقنين المدنى على أن " دفع العــربون وقــت إبــرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك ، يدل على قيام قرينة قانونية– قابلة لاثبات العكس – تقضى بأن الأصل فى دفع العربون أن تكــون له دلالــة جــواز العدول عن البيع إلا إذا اتفق الطرفان صــراحة أو ضمنا على أن دفع العربون معناه البت والتأكيد والبدء فى تنفيذ العقد ".

(طعن رقم ٨١٦ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٠/١٢/٢)

ويعتـــبر البـــيع بالعـــربون حيث يكون العربون دالا على حق العـــدول بـــيعا معلقا على شرط . ولكن ثار الخلاف فى طبيعة هذا الشرط وما إذا كان واقفا أو فاسخا. والراجح فى فرنسا ومصر أنه شـــرط واقـــف هو عدم استعمال حق العدول أثناء المدة المحددة . فتوقف كل آثار العقد خلال المدة المحددة لجواز العدول ، ثم تترتب هـــذه الآثار مستندة إلى وقت انعقاد العقد أى بأثر رجعى عند انتهاء تلك المدة بغير عدول[١] .

---

(١) الدكـــتور خميس خضر العقود المدنية الكبيرة الطبعة الثانية ١٩٨٤ ص ٦٧ – الدكـــتور ســـليمان مرقس عقد البيع ١٩٨٠ ص ٧٨ ومابعدها – الدكتور عبد المنعم البدراوى عقد البيع فى القانون المدنى الطبعة الأول ١٩٥٧ ص ١٦٠– الدكـــتور أنور سلطان شرح البيع والمقايضة الطبعة الثانـــية ١٩٥٢ ص ١٢٠ – وقـــارن السنهورى ص ٢١٨ هامش (٢) فـــيرى تكيـــيف العـــربون على أنه البدل فى التزام بدلى ويكون المدين ملـــتزما أصـــلا بالالـــتزام الوارد فى العقد ودائنا بالحق الذى يقابل هذا الالـــتزام ، ولكن تبرأ ذمته من الالتزام ويسقط الحق المقابل إذا هو أدى العـــربون (م ٢٧٨) . ومـــؤدى ذلك أن العدول فى حالة دفع العربون لايكون عن العقد فى جملته ، بل عن الالتزام الأصلى والحق المقابل له، والعربون بدل مستحق بالعقد ، فدفعه إنما هو تنفيذ للعقد فى أحد شطريه وهو البدل ، لا عدول عنه فى جملته .

١٩٣ـ استخلاص نية المتعاقدين فى دلالة العربون مسألة موضوعية :

استخلاص محكمة الموضوع نية الطرفين فى أن يكون العربون دلالة على تأكيد البيع وعدم الرجوع فيه على عكس القرينة المنصوص عليها بالمادة (١٠٣) هو أمر موضوعى يخضع لمطلق تقديرها ، دون رقابة عليها فى ذلك لمحكمة النقض .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- "استظهار نية العاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فيه ، فله أن يستخلص من نص عقد البيع ومن ظروف الدعوى وأحوالها أن العاقدين قصدا به أن يكون البيع بيعا تاما منجزا بشرط جزائى . ولم يقصدا أن يكون بيعا بعربون أو بيعا معلقا على شرط فاسخ " .

(طعن رقم ٤٨ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٣٣/١/٥)

٢- " إذا كانت المحكمة قد انتهت فى حكمها إلى القول بأن المتعاقدين قد قصدا بالعقد العرفى المحرر بينهما أن يكون البيع باتا خاليا من خيار الفسخ مستخلصة ذلك مما لاحظته من أن العقد خلو من ذكر عربون ومما هو ثابت به من أن كل ما دفعه المشترى،

سواء أكان للبائع أم لدائنيه المسجلين على العقار المبيع ، إنما هو من الثمن المتفق عليه لا مجرد عربون يضيع عند اختيار الفسخ ، ومن أن المتعاقدين أكدا نيتهما هذه بتصرفاتهما التالية للعقد بما جاء فى الإقرار الصادر من البائع من قوله "حيث إنى بعت ... ولم يوقع على العقد النهائى فى ... فأقرر بهذا نفاذ هذا البيع نهائيا بين الطرفين مع استعدادى للتوقيع النهائى بالبيع أمام أية جهة قضائية . الخ " ، فإن ما استخلصته من ذلك تسوغه المقدمات التى بنى عليها الحكم ، ولايتجافى مع ما جاء فى ذلك العقد من أنه إذا عدل أحد الطرفين عن إتمام العقد وتنفيذه كان ملزما بدفع مبلغ كذا بدون تنبيه ولا إنذار " .

(طعن رقم ٨٨ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/٤/٢٠)

٣ - " العربون هو ما يقدمه أحد العاقدين إلى الآخر عند إنشاء العقد ، وقد يريد العاقدان بالاتفاق عليه أن يجعلا عقدهما مبرما بينهما على وجه نهائى ، وقد يريدان أن يجعلا لكل منهما الحق فى إمضاء العقد أو نقضه . ونية العاقدين هى وحدها التى يجب التعويل عليها فى إعطاء العربون حكمه القانونى . وعلى ذلك فإذا استخلص الحكم من نصوص العقد أن نية عاقديه انعقدت على تمامه، وأن المبلغ الذى وصف فيه بأنه عربون ما هو فى الواقع إلا قيمة التعويض الذى اتفقا على استحقاقه عند الفسخ المسبب عن

تقصير أحد المتعاقدين فى الوفاء بما التزم به ، وكان ما استظهرته محكمة الموضوع من نية المتعاقدين على هذه النحو تفسيرا للعقد تحتمله عباراته ، فذلك يدخل فى سلطتها التقديرية التى لا تخضع فيها لرقابة محكمة النقض " .

(طعن رقم ٦٢ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/٣/٢١)

٤- " إذا طالب المدعى والمدعى عليه بتعويض عن صفقة من الجنيهات الذهب يقول أنه عقدها معه ثم نكل المدعى عليه عن إتمامها مع دفعه عربونا فيها ، فرد المدعى عليه بأنه بفرض عقد هذه الصفقة بالشروط التى ادعاها المدعى فإن دفع العربون منه يفيد خيار نقض البيع من جانبه فلا يلزم عند نكوله بأكثر من العربون الذى دفعه وقدم شهادة من بعض تجار الذهب تؤيد هذا الدفاع ، فرد الحكم على قوله هذا بأنه غير صحيح لأن التعامل فى الذهب كالتعامل بالعقود فى القطن لايعتبر العربون المدفوع فيه كالعربون فى بيع الأشياء المعينة بل هو مبلغ يدفع سلفا من أحد الفريقين لتغطية الحساب عند تقلب الأسعار ، وذلك دون أن يبين سنده فى هذا التقرير فإنه يكون حكما قاصراً قصوراً يستوجب نقضه " .

(طعن رقم ١٢٨ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/١٢/٢٧)

٥- " إذا كانت المحكمة لم تبين فى أسباب حكمها فى خصوص المبلغ المدفوع للبائع بموجب عقد البيع إن كان عربونا فيفقده

المشترى كفدية يتحلل بها عند نكوله عن إتمام ما اتفق عليه مع البائع أم أنه كان جزءا من الثمن لايحكم به للبائع كتعويض إلا متى ثبت خطأ المشترى وحاق ضرر بالبائع ، بل قررت أن المشترى قد فقد المبلغ الذى دفعه نتيجة تقصيره فى إتمام العقد سواء اعتبر المبلغ المدفوع عربونا أم جزءا من الثمن دون أن تمحص دفاع المشترى ومؤداه أن عدوله عن إتمام الصفقة كان بسبب عيب خفى فى المنزل المبيع سلم له به البائع وبسببه اتفق وإياه على التفاسخ وعرض المنزل على مشتر آخر ، وكان هذا الدفاع جوهريا يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فإنه كان لزاما على المحكمة أن تتعرض له وتفصل فيه وتبين ما إذا كان المبلغ المدفوع من المشترى هو فى حقيقته عربون أم جزء من الثمن لاختلاف الحكم فى الحالتين وإذ هى لم تفعل يكون حكمها قد شابه قصور يبطله ويستوجب نقضه ".

(طعن رقم ٤٢١ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/٢/١٢)

٦- " لمحكمة الموضوع أن تستظهر نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها ومن نصوص العقد لتتبين ما إذا كان المبلغ المدفوع هو بعض الثمن الذى انعقد به البيع باتا أم أنه عربون فى بيع مصحوب بخيار العدول إذ أن ذلك مما يدخل فى سلطتها الموضوعية متى كان ذلك مقاما على أسباب سائغة "

(طعن رقم ٣٠٧ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٣/٢٢)[1].

٧- " متى قد نص فى عقد البيع صراحة على أن المشترى دفع عربونا وحدد مقداره والحالة التى تبيح للمشترى استرداده وتلك التى تبيح للبائع الاحتفاظ به كما حدد فى العقد موعد الوفاء بباقى الثمن وشرط استحقاقه فإن تكييف محكمة الموضوع لهذا العقد بأنه بيع بالعربون يحوى خيار العدول هو تكييف سليم ، ولايعيب الحكم عدم تعرضه للعبارة التى ختم بها العقد من أنه " عقد بيع نافذ المفعول " مادامت هذه العبارة لاتعنى أكثر من نفاذ العقد بشروطه ومن بينها أن حق المشترى فى العدول عن العقد لايسقط إلا عند تمام الواقعة التى حددها الطرفان لانتهاء خيار العدول " .

---

(١) ويرى البعض أن ثمة عدم دقة فى صياغة الحكم . إذ أن محكمة الموضوع لاتستظهر فى حقيقة الأمر ما إذا كان العاقدان قد قصدا من دفع العربون خيار الرجوع . فهذا أمر يفترضه المشرع نفسه . وكل ما على محكمة الموضوع أن تستظهره هو ما إذا كان العاقدان قد قصدا مخالفة هذا الافتراض بإرادتهما أن يكون العربون ثبات .

فإذا لم تستظهر هذا القصد ، تحتم عليها أن تقضى بكون العربون عربون رجوع ، من غير أن تبحث فيما إذا كانت نية العاقدين قد انصرفت إلى ذلك الأمر ، أم أنها لم تنصرف. فإن لم تفعل ، وقع حكمها مخالفا للقانون. وكان حريا به أن ينقض تلك مسألة من مسائل القانون ، وليست مجرد مسألة واقع (عبد الفتاح عبد الباقى ص ١٩٠) .

(طعن رقم ٣٢٧ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٤/٥)

١٩٤ـ لايجوز التحدى لأول مرة أمام محكمة النقض بأن العقد هو بيع بالعربون :

فقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذ كان الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بأن العقد موضوع الدعوى هو بيع بالعربون فإنه لايقبل التحدى بهذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ٦٦٣ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٤/١٨)

١٩٥ـ وقت مباشرة خيار العدول فى التعاقد بالعربون :

يجب التمييز فى هذا الشأن بين فرضين :

الفرض الأول :

أن يكون المتعاقدان قد حددا ميعادا للعدول سواء كان هذا التحديد صريحا أم ضمنيا . أو يكون الميعاد محددا فى العرف – ولم يتفق الطرفان على خلافه – فى هذا الفرض يسرى هذا الميعاد ، ويجب أن يباشر الحق فى العدول خلاله ، فإذا لم يتم ذلك تأكد العقد وأصبح نهائيا.

وكذلك يسقط حق العدول إذا كان العقد معتبرا معلقا على شرط واقف بقيام صاحبه بأى عمل مما يعتبر تنفيذا لعقد البيع ، كأن يدفع

المشترى من المتعاقدين الثمن أو جزءا منه ، ولم يقم المشترى بذلك . إذ بعد ذلك نزولا منه عن حق العدول [١].

الفرض الثانى :

ألا يكون ثمة ميعاد للعدول عن العقد ، سواء بالاتفاق أو بحسب العرف . فى هذا الفرض يظل خيار العدول قائما إلى أن يصدر من المتعاقد ما ينم عن رغبته فى تأكيد العقد ، إما صراحة أو ضمنا ، إذ يعتبر ذلك منه نزولا عن خيار العدول .

والرغبة فى تأكيد العقد هذه ، قد تتم بصورة صريحة أو ضمنية تستخلص من ظروف الحال ، كأن يقوم المتعاقد بعد دفع العربون أو قبضه على حسب الأحوال ، بتنفيذ الالتزامات التى يولدها العقد فى ذمته .

ويراعى أنه يجوز لأى من المتعاقدين أن ينذر الطرف الآخر بالتنفيذ أو إبداء رغبته فى العدول فى مدة معينة [٢].

آثار العربون :

١٩٦- أولاً : فى حالة العدول عن العقد :

إذا كانت دلالة العربون هى أن يكون لأى من الطرفين الحق

---

(١) الدكتور سليمان مرقس عقد البيع طبعة ١٩٨٠ ص ٧٨ .

(٢) الدكتور خميس خضر العقود المدنية الكبيرة الطبعة الثانية ١٩٨٤ ص ٦٧ .

فى العدول عن العقد ، وتم العدول - بالتفصيل السابق- فإن الطرف الذى عدل عن العقد يجب عليه أن يدفع للمتعاقد الآخر قدر العربون . فإذا كان هو الذى دفع العربون فقده وأصبح العربون حقا لمن قبضه .

وإذا كان هو الذى قبض العربون وجب عليه أن يرده وبرد مثله(١).

والعاقد الذى تم العدول من جهته يلزم بقيمة العربون باعتباره ثمنا لاستعماله الحق فى العدول لا باعتباره تعويضا عن الإخلال بالتزامات ناشئة عن العقد . ولذلك لايشترط فى استحقاق هذا الثمن

---

(١) وقد جاء بنص الفقرة الثانية من المادة ١٠٣ أنه : " فإذا عدل من دفع العربون ، فقده . وإذا عدل من قبضه رد **ضعفه** .... الخ " والصحيح لغة " ضعفيه " فالضعف هو المثل ، والمثلان ضعفان لاضعف واحد . وضعف الشيء مثله فى المقدار أو مثله وزيادة غير محصورة . ومثال ذلك قوله تعالى : " ربنا آتهم ضعفين من العذاب " سورة الأحزاب ٦٨ أى مثل العذاب مرتين .

وجاء فى مختار الصحاح (للشيخ الإمام محمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازى) ترتيب محمود خاطر ص ٣٨١ أن : (ضعف) الشيء مثله (وضعفاه) مثلاه (وأضعافه) أمثاله .

والمعنى الذى استعمله المشرع خطأ شائع فى تفسير اللفظ (السنهورى ص ٢١٨ هامش ٨١ - المستشار أنور طلبه ص ٤٣٢) .

حدوث ضرر للطرف الآخر من جراء العدول وهو ما نص عليه المشرع صراحة فى المادة (١).

كما لايلزم فى ذلك إجراء تنبيه أو تكليف رسمى .

وفى هذا يختلف العربون عن الشرط الجزائى ، فالشرط الجزائى يعتبر تعويضا عن الإخلال بالالتزام الأصلى ، ويشترط فى استحقاقه إعذار المدين وثبوت ضرر أصاب الدائن من جراء إخلال المدين بالتزامه الأصلى ، كما يجوز للقاضى أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلى قد نفذ فى جزء منه (م ٢٢٤ مدنى) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن النص فى المادة ١٠٣ من القانون المدنى على أن "١- دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك . ٢- فإذا عدل من دفع العربون فقده ، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه ، هذا ولو لم يترتب على العدول أى ضرر " يدل - وعلىما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن القانون قد وضع قرينة مفادها أن الأصل فى دفع

---

(٢) الدكتور محمد كامل مرسى العقود المسماة الجزء السادس عقد البيع وعقد المقايضة ١٣٧٣ هـ- ١٩٥٣ ص ٨٦- سليمان مرقس ص٨٢ - خميس خضر ص ٦٧ .

العربون وقت العقد أن تكون له دلالة جواز العدول عن البيع إلا إذا اتفق الطرفان صراحة أو ضمنا – مستخلصا من ظروف الدعوى ووقائعها – على أن دفع العربون يقصد به تأكيد العقد ، فيعتبر المدفوع تنفيذا له وجزءا من الثمن ونية المتعاقدين وحدها هى التى يجب التعويل عليها فى إعطاء العربون حكمه القانونى ، فإذا ثبت للمحكمة اتجاه نية المتعاقدين إلى الأخذ بالقرينة الواردة فى المادة ١٠٣ من القانون المدنى سالفة الذكر، بأن دفع العربون لتأكيد حق كل منهما فى العدول عن الصفقة ، فيستطيع المشترى العدول فيخسر العربون الذى دفعه للبائع نظير هذا العدول ، وكذلك يستطيع البائع أن يرجع عن البيع ، ويكون الجزاء فى هذه الحالة هو رد ضعف العربون الذى قبضه ، وذلك بغض النظر عن الضرر الذى يكون قد أصاب الطرف الآخر من جراء هذا العدول إعمالا لصريح نص الفقرة الثانية من المادة ١٠٣ سالفة الذكر أما إذا تبين للمحكمة أن العربون كان للبت والتأكيد على تمام العقد فلا يجوز لأى من الطرفين العدول عن البيع ، ويعتبر العربون المدفوع جزءا من الثمن، وجاز لأى من الطرفين إلزام الطرف الآخر بتنفيذ العقد ويجرى على العقد القواعد العامة من جواز المطالبة بالتنفيذ العينى أو بالتعويض أو بالفسخ إن كان له وجه " .

(طعن رقم ٦١٨ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢٠٠١/١/٤– لم ينشر بعد)

٢- " إذ كان الثابت من عقد البيع موضوع الدعوى المؤرخ ..... - وبما لا خلاف عليه بين الطرفين - أن المطعون ضده (المشترى) دفع للطاعن (البائع)مبلغ مائة ألف جنيه عربون الصفقة ، ولم يتفق الطرفان فى العقد على دلالة دفع العربون ، ثم نشب الخلاف بينهما أثناء تنفيذ العقد ، عن أى منهما الذى عدل عن البيع الأمر الذى كان يوجب على المحكمة قبل أن تفصل فى موضوع النزاع ، أن تتصدى للفصل فى أمرين أولهما دلالة دفع العربون ، هل كان لإثبات حق العدول للطرفين أم لتأكيد الصفقة ، والثانى أى من الطرفين الذى عدل ثم تنزل أحكام القانون الواجب إعمالها على النزاع ، وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى إلزام الطاعن برد المتبقى من العربون دون أن يبين الأساس الذى أقام عليه قضاءه ورفض دعواه الفرعية ، فإنه يكون معيبا بالقصور " .

(طعن رقم ٦١٨ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢٠٠١/١/٤)

١٩٧- ثانياً : فى حالة عدم العدول عن العقد :

إذا كانت دلالة العربون هو حق كل من المتعاقدين فى العدول عنه ، ولم يعدلا عن العقد ، أو كانت دلالته تأكيد العقد وجعله باتا، فإن العقد يصبح باتا ، ولا يكون لأى من العاقدين بإرادته المنفردة العدول عن العقد .

ويعتبر المبلغ – أو المنقول – المدفوع وقت العقد جزءا من الثمن أو الأجرة – بحسب الأحوال- يخصم مما يستحق على دافعه، باعتباره معجل دفع تنفيذا للعقد .

فإذا كان المشترى مثلا ، هو الذى دفعه ، خصم من الثمن المستحق عليه . وإذا كان المستأجر هو الذى دفعه استقطع من الأجرة المطلوبة .

أما إذا لم يقم أى من المتعاقدين بتنفيذ هذا العقد ، والذى أصبح باتا ، يسرى عليه من الأحكام ما يسرى على العقود الأخرى التى لا رجوع عنها . فيجوز للطرف الآخر المطالبة بتنفيذ العقد تنفيذا عينا ، أو بالتعويض ، أو بالفسخ ، أو بالفسخ والتعويض .

وإذا فسخ العقد وترتب على الفسخ تعويض ، فليس من الضرورة أن يقدر التعويض بقدر العربون ، فقد يكون أكثر أو أقل بحسب جسامة الضرر [١].

(راجع طعن رقم ٦١٨ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢٠٠١/١/٤ المنشور سلفا) .

---

(١) السنهورى ص ٢١٨ ومابعدها المستشار **مصطفى هرجه** ص ١١٨ .

مــادة (١٠٤)

١- إذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى عيوب الإرادة ، أو فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة ، أو افتراض العلم بها .

٢- ومع ذلك إذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو ، أو كان من المفروض حتما أن يعلمها.

الشرح

١٩٨- أنــواع النيابــة :

النيابة إما أن تكون نيابة قانونية أو نيابة اتفاقية بحسب ما إذا كان القانون أو الاتفاق هو الذى يبين حدودها .

فالولى والوصى والقيم والحارس القضائى وأمين التفليسة والفضولى والدائن الذى يستعمل حق مدينه نواب قانونيون ، أما الوكيل فهو وحده النائب الاتفاقى .

ولكن إذا نحن نظرنا إلى الجهة التى تقيم النائب ، فإن النيابة تكون قانونية كما فى الولى والفضولى والدائن الذى يستعمل حق مدينه ، لأن القانون ودون أى إجــراء ، هــو الذى يقيمهم نوابا . وتكون النيابة قضائية كما فى الوصى والقيم والحارس القضائى

وأمين التفليسة لأن الجهة القضائية المختصة هى التى تختارهم . وتكون النيابة أخيرا اتفاقية كما فى الوكيل ، إذ عقد الوكالة هو الذى جعله نائبا [(١)].

١٩٩ـ النائب والرسول :

النائب فى إجرائه التعاقد عن الأصيل يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل ، ومن ثم يترتب على ذلك ضرورة توافر الإرادة لديه .

أما الرسول فهو مجرد أداة تنقل إرادة من أرسله إلى المتعاقد الآخر ، كما عبر عنها من أرسله . ومثال ذلك أن يبعث الأب ابنه يبلغ آخر بأنه قبل الإيجاب الذى سبق أن قدمه له ببيع منزله أو إيجاره ، أو أن يرسل السيد خادمه ليستعلم من التاجر المتحول عن ثمن السلعة ويبلغه الثمن الذى يرتضى شراءه به .

ويترتب على هذا الخلاف الأساسى فى طبيعة الدور الذى يؤديه كل من النائب والرسول فى إجراء التعاقد ما يأتى :

١- لايشترط أن يكون الرسول متمتعا بالإرادة فهو - كما قلنا- مجرد أداة لنقل رسالة المرسل ، ومادام هو قد أفلح فى نقل الرسالة،

---

(١) الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت نظرية الالتزام فى القانون المدنى الكتاب الأول مصادر الالتزام الطبعة الثانية ١٩٥٤ ص١١٥- الدكتور جلال على العدوى أصول المعاملات طبعة ١٩٦٧ ص ٢١٢ .

فإن التعاقد يتم حتى لو كان معدوم الإرادة تماما، بأن كان صبيا غير مميز أو مجنونا أو معتوها .

أما النائب فلكونه يعبر عن إرادته هو ، فإنه يلزم أن يكون متمتعا بالإرادة .

٢- فى التعاقد بوساطة الرسول ، يعتد بشخص المرسل ، لابشخص الرسول، بالنسبة إلى عيوب الإرادة وإلى تقصى العلم أو الجهل بالظروف الملابسة للعقد . أما فى النيابة فالأصل أنه يعتد بالنسبة لهذين الأمرين ، بشخص النائب لا بشخص الأصيل .

٣- فى تعاقد النائب يعتبر تعاقدا بين حاضرين إذا ضم النائب والمتعاقد الآخر مجلس واحد ، فى حين أن التعاقد برسول يعتبر تعاقدا بين غائبين ولو جمع الرسول والمتعاقد الآخر مجلس واحد.

٤- لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يقوم شخص واحد بأداء الرسالة لطرفى العقد كليهما . أما تعاقد الشخص مع نفسه ، إعمالا لفكرة النيابة ، فيقع غير سائغ كأصل عام كما سنرى [١].

٢٠٠- شخص النائب هو محل الاعتبار فى عيوب الإرادة :

طالما أن إرادة النائب - سواء كان نائبا قانونيا أو اتفاقيا- هى التى تنشط لإبرام العقد بجميع ما يلابسها من ظروف ، فإنه يجب

---

(١) أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٢٠ ومابعدها - عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٤١ ومابعدها .

الحكم على صحة التعاقد بهذه الإرادة وحدها دون إرادة الأصيل. فإذا لحقت إرادة النائب عيب من العيوب التى تؤثر فى الإرادة كالإكراه أو الغلط أو التدليس ، فإن العقد يكون قابلا للبطلان لمصلحة الأصيل ، رغم إن إرادة الأصيل براء من شوائب العيب .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- ليست الأحكام الواردة فى هذه المادة سوى تطبيقات للنظرية الحديثة فى النيابة القانونية . فمادامت إرادة النائب هى التى تنشط لإبرام العقد بجميع ما يلابسها من ظروف فيجب أن يناط الحكم على صحة التعاقد بهذه الإرادة وحدها دون إرادة الأصيل. وعلى هذا النحو يكون للعيوب التى تلحق إرادة النائب أثرها فى التعاقد. فإذا انتزع رضاه بالإكراه، أو صدر بتأثير غلط أو تدليس ، كان العقد قابلا للبطلان لمصلحة الأصيل ، رغم أن إرادته براء من شوائب العيب ... الخ " [١].

وإذن فمقتضى الفقرة الأولى من المادة أن العقد الذى تم بطريق النيابة قابلا للبطلان متى كان النائب واقعا فى غلط أو كان من ضحية تدليس أو إكراه ولو لم تتعرض إرادة الأصيل لعيب من هذه العيوب .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٩١ .

ويكون للأصيل أن يرفع دعوى البطلان ويصل إلى الحكم ببطلان العقد على أساس الغلط الذى وقع فيه نائبه أو التدليس أو الإكراه الواقع على النائب ، بصرف النظر عن سلامة إرادة الأصيل من الغلط أو التدليس أو الإكراه .

ويلاحظ أن دعوى البطلان النسبى المترتبة على تعيب إرادة النائب هى للأصيل فهو الذى يرفع الدعوى بطلب إبطال العقد للغلط أو التدليس أو الإكراه الذى شاب إرادة نائبه وليس للنائب أن يرفع تلك الدعوى اللهم إلا إذا كان لنيابته من الشمول ما يدخل فى نطاقها مثل هذا العمل أو كان نائبا فيه بالذات .

وهذا طبيعى مادامت آثار العقد الحاصل بطريق النيابة تعود إلى الأصيل ، فإن دعوى البطلان النسبى إن هى إلا أثر مترتب على العقد الذى يشوب إرادة أحد المتعاقدين فيه عيب من العيوب التى نص عليها القانون "(١).

٢٠١- شخص النائب هو محل الاعتبار فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة وافتراض العلم بها :

---

(١) الدكتور جمال مرسى بدر النيابة فى التصرفات القانونية ١٩٨٠ ص ٤٩ ومابعدها- الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى نظرية العقد والإرادة المنفردة طبعة ١٩٨٤ ص ٢٢٥ ومابعدها .

ما ذكرناه سلفا بشأن عيوب الإرادة يسرى على حسن النية أو سوئها أو على تطلب العلم أو الجهل ببعض الظروف . فإن استلزم القانون لترتيب اثر معين أن يكون المتعاقد على علم ببعض الظروف الملابسة أو على جهل بها ، فإننا كقاعدة عامة ، نتقصى هذا العلم أو ذاك الجهل فى شخص النائب لا شخص الأصيل . فيلزم مثلا لصحة البيع أن يكون المشترى عالما بالمبيع علما كافيا، وإلا كان للمشترى طلب إبطال البيع (م٤١٩ مدنى) فإذا اشترى الولى شيئا نيابة عن قاصره ، وجب تطلب العلم بالمبيع فى الأول دون الثانى .

وإذا كان النائب سىء النية يعلم أو من المفروض أن يعلم بأن التصرف من شأنه أن يؤدى إلى إعسار المتعاقد الآخر أو الزيادة فى إعساره، فإنه يجوز لدائنى المتعاقد الآخر أن يطعنوا فى هذا التصرف بعدم النفاذ (بالدعوى البوليصية) طبقا لنص المادة ٢٣٧ من القانون المدنى ، ولو كان الأصيل حسن النية لايعلم بإعسار المتعاقد الآخر [١].

---

(١) الدكتور سمير عبد السيد تناغو المبادئ الأساسية فى نظرية العقد وأحكام الالتزام – منشأة المعارف بالاسكندرية ص ٢٢ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

".. أما فيما يتعلق بالظروف التى تؤثر فى الآثار القانونية للتعاقد فيجب أيضا أن يكون مرجع الحكم عليها شخص النائب لاشخص الأصيل ، وعلى ذلك يجوز أن يطعن بالدعوى البوليصية فى بيع صادر من مدين معسر ، تواطأ مع نائب المشترى ولو أن الأصيل يظل بمعزل عن هذا التواطؤ " [١].

٢٠٢ـ تصرف الوكيل وفقا لتعليمات موكله :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه ومع ذلك إذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو ، أو كان من المفروض أن يعلمها .

وواضح أن هذا النص خاص بالوكيل دون غيره من النائبين . فإذا تصرف الوكيل وفقا لتعليمات محددة تلقاها من الأصيل ، فإنه يمتنع على الأصيل فى حدود تنفيذ تعليماته ، أن يتمسك بجهل نائبه أمورا كان يعلمها هو ، أو كان مفروضا فيه حتما أن يعلمها ، ويجب عندئذ الاعتداد بما شاب رضاء الأصيل من عيوب . فإذا وكل شخص آخر مثلا فى شراء بيت معين لحسابه ، فإنه لايستطيع

---

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٩١ ومابعدها .

أن يتمسك فى مواجهة البائع بأن وكيله لم يكن يعلم بالبيت الذى اشتراه، إذا كان هو يعلم به وإذا كان الموكل قد فوض وكيله فى شراء البيت الذى عينه له فى حدود ثمن معين ، واشتراه الوكيل بالفعل فى حدود هذا الثمن ، فإنه يمتنع على الموكل أن يتمسك بوقوع النائب فى غلط فى أمر من أمور المنزل، إذا كان هونفسه لم يقع فى هذا الغلط . أما إذا كان الموكل فى الحالة التى نحن بصددها، هو الذى وقع فى الغلط أمكنه أن يتمسك بإبطال البيع على أساس الغلط . وليس فى هذا الحكم خروج فى الحقيقة على الأصل العام القاضى بأنه يعتد بشخص النائب لا بشخص الأصيل فى تقصى عيوب الرضاء وفى العلم أو الجهل بالأمور الخاصة . إذ أن من يتولى التعاقد لحساب غيره لايعتبر نائبا عنه ، إلا فى حدود ما يجيء فيه التعاقد تعبيرا عن ذات إرادته . فإن اقتصر أمره على تنفيذ تعليمات الأصيل ، غلبت عليه ، فى حدود تنفيذه تلك التعليمات، صفة الرسول ، لا النائب .

مـادة (١٠٥)

إذا أبرم النائب فى حدود نيابته عقدا باسم الأصيل ، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل .

الشـرح

٢٠٣ـ انصراف آثار العقد الذى يبرمه الوكيل إلى الأصيل :

إذا أبرم النائب العقد فى حدود نيابته باسم الأصيل، فإن أثر العقد يضاف إلى الأصيل . ويترتب على ذلك أنه بعد تمام العقد لاتقوم بين النائب ومن تعاقد معه علاقة فيما يتعلق بآثار هذا العقد. فلا يستطيع النائب أن يطالب من تعاقد معه بحق ناشئ عن العقد إلا إذا خولت له النيابة تنفيذ العقد كما خولت له إبرامه ، وفى هذه الحالة تكون المطالبة باسم الأصيل ، كذلك لايستطيع الغير أن يطالب النائب بالتزام ناشئ عن العقد .

والعلاقة بين النائب والأصيل يحكمها المصدر الذى يحدد سلطة النائب . فإذا كانت النيابة اتفاقية كان عقد الوكالة هو الذى يحدد حقوق النائب والتزاماته قبل الأصيل . وإذا كانت النيابة قانونية تولى القانون تحديد هذه الحقوق والالتزامات . ومن هذا فإن حكم هذه العلاقة مسألة مستقلة عن حكم الآثار التى تترتب على

التصرف الذى يبرمه النائب [١].

أما فى العلاقة بين الأصيل والغير فيتجلى فيها الأثر الذى يترتب على النيابة إذ تنشأ بينهما علاقة مباشرة ، فهما المتعاقدان ، وهما من هذا اللذان تترتب فى حقهما آثار التصرف . أما شخص النائب الذى أبرم العقد أو ساهم فى إبرامه فإنه يختفى تماما فيما يتعلق بهذه الآثار ويترتب على كون الأصيل هو المتعاقد أنه لو أناب شخص آخر فى إبرام تصرف يحرم عليه أن يبرمه ، كما لو كان الأصيل قاضيا لايجوز له أن يشترى الحق المتنازع فيه إذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشر عمله فى دائرتها ، فإن التصرف الذى يبرمه النائب يقع باطلا . كما ينظر إلى الأصيل فى تحديد طبيعة الالتزام المدنية أو التجارية[٢].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" إذا كان شخص النائب هو الواجب الاعتداد به فيما يتعلق بإتمام العقد فعلى النقيض من ذلك ينبغى أن يرجع إلى شخص الأصيل وحده ، عند تعيين مصير آثاره ، فالأصيل دون النائب هو

---

(١) عبد المنعم الصده ص ١٥٣ .

(١) عبد المنعم الصده ص ١٥٣ ومابعدها .

الذى يعتبر طرفا فى التعاقد وإليه تنصرف جميع آثاره ، فيكسب مباشرة كل ما ينشأ عنه من حقوق ، ويقع على عاتقه كل ما يترتب من التزامات . ولعل هذا الأثر المباشر أهم ما أحرز القانون الحديث من تقدم فى شأن النيابة القانونية " [1].

٢٠٤- تعاقد النائب خارج حدود نيابته :

(أنظر المجلد السابع : عقد الهبة – عقد الصلح – عقد الوكالة- موضوع رقم ٣٣) .

٢٠٥- إحالة فى تفصيلات كثيرة وقضاء محكمة النقض :

نحيل فى باقى تفصيلات شرح هذه المادة وما صدر بشأنها من قضاء لمحكمة النقض إلى المجلد المشار إليه موضوع رقم (٣٣).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٩٥ ومابعدها .

مـادة (١٠٦)

إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا ، فإن أثر العقد لايضاف إلى الأصيل دائنا أو مـدينا ، إلا إذا كـان مـن المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابـة ، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب .

الشـرح

٢٠٦ـ عدم إعلان العاقد أنه يتعاقد باسم الأصيل :

إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا ، فـإن أثر العقد لايضاف إلى الأصيل دائنا أو مدينا . وإنما تنصرف آثاره إلى المتعاقد . غير أنه لايشترط أن يعلـم المتعاقـد مـع النائـب بشخصية الأصيل ، فيكفى أن يعلن النائب عن صفته ويحتفظ بحـق الكشف عن شخصية الأصيل فى وقت لاحق [1].

وبانصراف آثار العقد إلى المتعاقد يكون النائب فى هذه الحالة وكيلا مسخرا أو اسما مستعارا إذ أعار اسمه للموكل فتنصرف آثـار العقد إلى الأخير فى علاقته بالنائب . ومن ثم يلتزم النائب بنقل ما اكتسبه من حقوق إلـى الأصـيل فـإن كـان قـد سـجل العقـد باسمه ، تعين عليه إعـادة التسـجيل باسـم الأصـيل وإلا جـاز

---

(١) جلال على العدوى ص ٢٢٠ ومابعدها .

للأخير أن يستصدر حكما بانصراف أثر التصرف إليه ثم يؤشر بهذا الحكم على هامش تسجيل النائب وتعتبر الملكية قد انتقلت إليه من وقت التسجيل الذى قام به النائب وليس من وقت التأشير بالحكم ، إذ ينصرف التسجيل أصلا إلى الأصيل ولو تم باسم النائب [١].

(أنظر فى الوكيل إالمسخر المجلد السابع : عقد الهبة – عقد الصلح– عقد الوكالة– موضوع رقم ٢٥).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١– " جرى قضاء محكمة النقض على أنه متى كانت الجمعية (جمعية المساكن) لم تعلن وقت إبرام العقد أنها تعاقدت – مع المقاول– نيابة عن أعضائها ، وكان لايوجد فى نصوص العقد ما يمكن أن يفيد وجود نيابة صريحة أو ضمنية فإن أثر العقد ينصرف إلى الجمعية وليس إلى أعضائها ومن ثم تكون الجمعية وحدها هى صاحبة الحق فى مطالبة المقاول بتنفيذ التزاماته الناشئة عن هذا العقد وبالتالى لايجوز قبول دعوى عضو الجمعية بطلب ذلك إلا إذا أثبت أن حق الجمعية قد انتقل إليه بما ينتقل به الحق قانونا " .

(طعن رقم ٥٣٣ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/٤/٢٩)

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٤٤٧ .

٢- " مفاد نصوص المادتين ٧١٣ ، ١٠٦ من القانون المدنى أنه يجوز للوكيل أن يبرم العقد الذى تخوله الوكالة إصداره لابصفته وكيلا ولكن بصفته أصيلا وذلك إذا لم يعلن وقت التعاقد عن صفته كنائب ، ويعتبر وكأنه قد أعار اسمه للأصيل الذى وكله فى إبرام العقد ، وحكم هذه الوكالة المستترة أنها ترتب قبل الأصيل جميع الآثار القانونية التى ترتبها الوكالة السافرة ، فينصرف أثر العقد المبرم إلى الأصيل وإلى من يتعاقد مع الوكيل المستتر " .

(طعن رقم ٥٨١ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/٥/٢٨)

٢٠٧ـ استثناء على القاعدة السابقة :

أردفت المادة (١٠٦) استثنائين على القاعدة التى ذكرتها فى صدرها ، من عدم انصراف أثر العقد إلى الأصيل إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا ، فيسرى فى هذين الاسيتثنائين أثر العقد إلى الأصيل .

وهذان الاسبتثناءان هما :

الاستثناء الأول : أن يكون من المفروض حتما أن من تعاقد مع النائب يعلم بوجود النيابة . ومثال ذلك أن يذهب شخص إلى محل تجارى ، فيشترى سلعة معروضة للبيع فيه من أحد مستخدميه . فهذا يعتبر المستخدم أنه أجرى البيع بالنيابة عن صاحب المحل

التجارى . إذ أن المشترى كان يعلم عند الشراء بصفته هذه ، أو فى الأقل كان من المفروض عليه حتما أن يعلم بها .

وكذلك الشخص الذى يتعاقد مع قبطان السفينة ومع الوكيل بالعمولة ، ومع الخادم الذى يشترى حاجيات منزل مخدومه .

وعلة هذا الاستثناء واضحة . فطالما أن المتعاقد مع النائب لم يعلم بأن شريكه فى العقد قد أبرمه معه بوصفه نائبا عن أصيل معين ، ولم يكن مفروضا فيه حتما أن يعلم بهذا الأمر ، فإنه لم يقصد بالضرورة التعاقد مع هذا الأصيل ، وإنما أراد أن يكون التعاقد بينه وبين النائب بصفته الشخصية . ومن هنا كان حقه فى تجاهل الأصيل ، وعدم اعتبار العقد قائما معه ، إذا أراد ذلك بطبيعة الحال [١].

ويذهب رأى فى الفقه[٢] إلى أن هذا الاستثناء ظاهرى . لأن المقصود به أن يستفاد من الظروف بصورة واضحة علم من تعاقد مع النائب بوجود النيابة فالمسألة تتعلق بحالة تستفاد فيها نية النيابة لدى النائب بطريقة ضمنية ، كما هى الحال فى الأمثلة التى تقدم ذكرها . يدل على ذلك أن عبارة " إلا إذا كان من المفروض حتما"

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٢٨ .

(٢) عبد المنعم الصده ص ١٥٠.

الواردة فى النص كان أصلها فى نص المشروع التمهيدى "إلا إذا كان يستفاد من الظروف " .

الاستثناء الثانى : إذا كان يستوى عند من تعاقد مع النائب أن يتعامل مع الأصيل أو النائب . ففى مثل هذه الحالة توجد النيابة وينصرف أثر العقد إلى الأصيل . كأن يكون المبيع ساعة أو سيارة مضمونة لمدة معينة ، أو يزمع شخص شراء منزل أو أرض بصفته وليا عن ابنه القاصر ، ويبرم الشراء بالفعل دون أن يعلن للبائع صفته هذه ، فى هذه الحالة ، إذا كان البائع قد قبض الثمن كاملا ، فإنه يستوى لديه أن يكون التعامل حاصلا بينه وبين الإبن أو بينه وبين الأب . فإذا أراد هذا الأخير أن يكون التعاقد حاصلا لحساب ابنه ، كان له ما أراد ، وحق له إلزام البائع على أن يجاريه فيه ، إذ أنه لامصلحة هنا للبائع فى عدم التجاوب مع الأب فيما أراده ، ولا دعوى بلا مصلحة [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ومع ذلك فينبغى التفريق بين صور مختلفة . فالقاعدة التى تقدمت الإشارة إليها تنطبق حيث يتعاقد النائب باسم الأصيل . وهى تنطبق كذلك حيث يتعاقد النائب باسمه الشخصى، رغم حقيقة نيابته،

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٢٩ .

متى كان من تعاقد معه يعلم أو كان ينبغى أن يعلم ، بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو نائبه . وقد استحدث المشروع ، باقتباس هذا النص من تقنين الالتزامات السويسرى ، حكما هاما يطابق أحكام الشريعة الإسلامية . أما القواعد الخاصة بالاسم المستعار أو التسخير وهى التى تقضى بانصراف آثار العقد إلى النائب أو المسخر ، فلا تنطبق إلا إذا كان من يتعامل مع هذا النائب يجهل وجود النيابة أو كان لايستوى عنده التعامل معه أو مع من فوضه "(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " عدم إفصاح الوكيل عن صفته فى العقود التى يبرمها مع الغير لحساب الموكل لايؤدى بذاته إلى صورية التوكيل لأن تعامل الوكيل باسمه مع الغير لايغير من علاقته مع موكله فيلتزم الموكل بموجب عقد الوكالة بتنفيذ ما التزم به الوكيل – وكل ما يترتب على ذلك من أثر هو أن الوكيل فى هذه الحالة هو الذى يكون ملزما قبل الغير الذى تعامل معه إلا إذا كان من المفروض حتما أن هذا الغير يعلم بوجود الوكالة أو كان يستوى عنده أن يتعاقد مع الأصيل أو

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٩٦ .

النائب فعندئذ تكون العلاقة بين الغير الذى تعاقد مع الوكيل وبين الموكل كما هو الحال فى الوكالة الظاهرة " .

(طعنان رقما ٤٧١،٤٥٩ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٣/٤/٢٥)

٢- " مفاد نص المادة ١٠٦ من القانون المدنى أنه متى تعاقد الوكيل مع الغير باسمه هو دون أن يفصح عن صفته فإن آثار العقد تنصرف إلى الوكيل فى علاقته بالغير إلا إذا توافر الاستثناءان المشار إليهما فى المادة المذكورة ، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة على أن المطعون عليه إنما تعاقد مع الطاعن باسمه شخصيا وسلم إليه المبلغ موضوع النزاع بهذه الصفة ، وأنه لم يقم الدليل من الأوراق على أنه دفعه بوصفه وكيلا عن الشركة ، مما مؤداه أن الدعوى لم يتوافر فيها أحد الاستثنائين السالفين الأمر الذى لم يكن محل نعى من الطاعن فإن الحكم يكون قد طبق القانون تطبيقا سليما " .

(طعن رقم ٣٦٣ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٣/١١/٢٠)

٣- " الرهبنة -على ما جرى به قضاء محكمة النقض- نظام متبع لدى بعض الطوائف المسيحية فى مصر. وقد اعترفت به الحكومة إذ منحت الرهبان بعض المزايا فأعفتهم من الخدمة العسكرية ومن الرسوم الجمركية ، وقد صرح الأمر العالى الصادر

فى ١٨٨٣/٥/١٤ بترتيب المجلس الملى لطائفة الأقباط الأرثوذكس وتحديد اختصاصاته بأن للرهبنة نظاما خاصا يجب احترامه والعمل على نفاذ الأحكام المقررة له . ووفقا لهذه الأحكام لا تعدم الرهبنة شخصية الراهب ولاتمس أهلية وجوبه ، إذ يظل صالحا لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، وإنما يعتبر كل ما يقتنيه الراهب بعد انخراطه فى سلك الرهبنة ملكا للبيعة التى كرس حياته لخدمتها لأنه يعتبر طبقا للأحكام الكنسية نائبا عن البيعة فى تملك هذه الأموال إذ الأصل أن الراهب يدخل الدير فقيرا مجردا عن كل مال لكى يتثقف ويربى وفقا لأحكام الدين على حساب الدير وهو راض بالنظام الكنسى القاضى بأن كل ما يصيبه من رزق يعتبر أصلا ملكا للكنيسة ما لم يثبت عكس ذلك . وهذا الذى جرى عليه العرف الكنسى ليس فيه ما يخالف أحكام القانون أو مبادئ النظام العام ".

(طعن رقم ٩ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٥/٣١)

٤- " لئن كان نظام الرهبنة لدى طائفة الأقباط الأرثوذكس- وهو على ما جرى به قضاء محكمة هذه المحكمة- معترف به فى مصر- يقضى بأن كل ما يقتنيه الراهب بعد انحراطه فى سلك الرهبنة من غير طريق الميراث أو الوصية يعتبر ملكا للبيعة التى كرس حياته لخدمتها فإن ذلك لايرجع إلى انعدام شخصية أو أهلية الراهب وإنما إلى أنه يعتبر طبقا لقوانين الكنيسة نائبا عن البيعة فى

تملكه لهذه الأموال وعلى ذلك يكون للراهب الحق فـــى أن يتعاقـــد باسمه أو باسم البيعة التى ينتمى إليها ويكون للبيعـــة فـــى الحالـــة الأولى أن تتمسك بانصراف أثر العقد إليها ولايكون للمتعاقـــد مـــع الراهب شأن فى ذلك مادام العقد قد انعقد صحيحا مرتبا لكل آثاره".

(طعن رقم ٤٩٤ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٦/٢٠)

٢٠٨ـ النيابة الظاهرة :

(أنظر المجلد السابع (عقد الهبة – عقد الوكالة – عقد الصلح – موضوع رقم ٣٤).

مـادة (١٠٧)

إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة ، فإن أثر العقد الذى يبرمه ، حقا كان أو التزاما ، يضاف إلى الأصيل أو خلفائه .

الشـرح

٢٠٩- جهل النائب والمتعاقد معه انقضاء النيابة :

الأصل أنه يلزم لكى يعتبر النائب أنه قد تصرف فى حدود نيابته ، أن تكون تلك النيابة قائمة لم تنقض عند إجراء التصرف . فإن زالت النيابة عن شخص . بأن كان وكيلا ، مثلا وتم عزله أو مات موكله ، أو كان وصيا ثم عزل من الوصاية أو انتهت عنه ببلوغ قاصره سن الرشد أو بموته ، أو بأن زالت النيابة بأى سبب آخر ، فإن كل تصرف يجريه النائب بعد ذلك يعتبر بالضرورة خارجا عن حدود نيابته . ولايسرى بالتالى فى حق الأصيل إلا إذا أقره ، وهذا هو الأصل العام.

إلا أن هذا الأصل ليس مطلقا ، إذ أوردت المادة ١٠٧ استثناء على هذا الأصل يقضى بأنه إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة ، فإن أثر العقد الذى يبرمه ، حقا كان أو التزاما يضاف إلى الأصيل أو خلفائه .

ومحل هذا الاستثناء أن يكون كل من النائب ومن تعاقد معه جاهلا انتهاء النيابة . فلا يكفى أن يجهلها أحدهما دون الآخر .

والقصد من هذا الاستثناء هو توفير الثقة والاستقرار فى المعاملات .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" قد تنقضى النيابة دون أن يعلم النائب بذلك ، كما إذا كان يجهل موت الأصيل أو إلغاء التوكيل فإذا تعاقد فى هاتين الحالتين مع شخص حسن النية ، لايعلم بانقضاء النيابة ، كان تعاقده هذا ملزما للأصيل وخلفائه وقد قصد من تقرير هذا الحكم إلى توفير ما ينبغى للمعاملات من أسباب الثقة والاستقرار " [١].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" تنص المادة ١٠٧ من القانون المدنى على أنه " إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت التعاقد انقضاء النيابة فإن أثر العقد الذى يبرمه – حقا كان أو التزاما – يضاف إلى الأصيل أو خلفائه ".

ومفاد ذلك أن القانون لايحمى الغير الذى تعامل مع النائب الظاهر بعد انقضاء النيابة إلا إذا كان النائب والغير كلاهما معا

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ١٠٢ .

يجهلان انقضاء النيابة وقت التعاقد . فإذا كانت محكمة الموضوع قد انتهت فى نطاق سلطتها الموضوعية التى لا معقب عليها إلى أن المطعون عليه الأخير كان على علم بانقضاء توكيله عن أحد الدائنين وانتهاء وصايته على باقى الدائنين ببلوغهم سن الرشد فإن الطاعن (المدين) لايتمتع بالحماية التى أسبغها القانون على من يتعامل مع النائب الظاهر والتى تتمثل فى انصراف أثر العقد إلى الأصيل ، وبذلك لايكون الوفاء الحاصل منه للمطعون عليه باعتباره وكيلا ظاهرا مبرئا لذمته " .

(طعن رقم ١٦٠ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٥/٣٠)

وقد توسعت محكمة النقض – بحق – فى إعمال حكم المادة ١٠٧ فجعلته يسرى على إجراءات التداعى أمام المحاكم ، مقررة صحة هذه الإجراءات ، حتى ماجاء منها فى مواجهة النائب بعد زوال نيابته ، مادامت المحكمة لم تنبه إلى زوالها [١].

إذ قضت بـأن :

" إذا كان المدعى قد مثل فى الدعوى تمثيلا صحيحا وقت رفعها ابتداء بواسطة والدته بوصفها وصية عليه ، فإن بلوغه سن الرشد بعد ذلك أثناء سير الدعوى – إذا لم تنبه المحكمة إليه –

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٣٥ .

لايكون من شأنه أن يحول دون اعتبار حضور والدته عنه حتى صدور الحكم فى الدعوى- على ما جرى به قضاء محكمة النقض- حضورا منتجا لآثاره القانونية ، ذلك أنه ببلوغه سن الرشد يكون قد علم بالدعوى بواسطة والدته التى كانت وصية عليه ورضى باعتبار صفة والدته فى تمثيله لا زالت قائمة على أساس من النيابة الاتفاقية بعد أن كانت نيابتها عنه قانونية فإذا التزمت والدة المدعى موقف التجهيل بالحالة التى طرأت على ولدها ببلوغه سن الرشد إلى ما بعد صدور الحكم الابتدائى فوجه المحكوم عليه استئنافه إليها بالصفةالتى أقيمت بها ابتداء ، وكان قد تحدد بموجب الحكم الصادر من محكمة أول درجة أطراف الخصومة بالنسبة للاستئناف، وكان الأصل أن ليس للخصم أن يفيد من خطئه ، ولاينقض ما تم على يديه ، فإن اختصام المستأنف ضده فى الاستئناف ممثلا بواسطة والدته يعد اختصاما صحيحا ومنتجا لآثاره القانونية . وإذ استمرت والدته على موقف التجهيل أثناء سير الاستئناف فإن الحكم يصدر فى هذا الاستئناف كما لو كان قد حضر المستأنف ضده بنفسه الخصومة فيه " .

(طعن رقم ١٥٩ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/١١/١٥)

مــادة (١٠٨)

لايجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصيل . على أنه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد. كل هذا مع مراعاة ما يخالفه ، مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة .

الشرح

٢١٠ـ حظر تعاقد النائب مع نفسه :

حظرت المادة على الشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصيل . فللتعاقد مع النفس المحظور صورتان :

الصورة الأولى ، أن يكون الشخص طرفا فى التعاقد لحساب نفسه من ناحية ، ومتعاقدا بالنيابة عن الطرف الآخر من ناحية أخرى . ومثل ذلك أن يهب الأب بصفته الشخصية ماله لابنه ، ثم يقبل الهبة بصفته وليا عنه ، أو أن يبرم مدير الشركة بصفته الشخصية عقد وديعة مع الشركة نفسها باعتباره ممثلها القانونى .

والصورة الثانية ، أن يبرم الشخص العقد بصفته نائبا عن كل من طرفيه ، كما لو باع الأب مال أحد أبنائه لابن ثان له ، بصفته وليا عن الاثنين .

ففى الصورة الأولى يتحقق التعارض بين مصالح الشخص ومصالح الأصيل مما يخشى معه أن يضحى العاقد بمصلحة الأصيل فى سبيل مصلحته .

وفى الصورة الثانية يكون عمل الشخص أقرب إلى معنى التحكيم منه إلى معنى النيابة ومصلحة الأصيل لاتتيسر لها ضمانات الحماية الواجبة ، إذ يخشى التضحية بمصالح أحد الطرفين [١].

٢١١ـ عدم نفاذ التعاقد فى حق الأصيل :

للعلة التى ذكرناها فى البند السابق ، اعتبر تعاقد النائب مع نفسه بدون ترخيص من الأصيل غير نافذ فى حق الأصيل ، لأنه إذا تعاقد النائب مع نفسه ، ولم يكن ذلك مسموحا به قانونا اعتبر أنه فى تعاقده هذا خارجا عن حدود نيابته ، ومن ثم لا يكون التصرف نافذا فى حق الأصيل [٢]، كالشأن فى أى تصرف يتجاوز

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ١٠٥ ومابعدها .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية العقد ص ٢٤٠- عبد المنعم الصده ص ١٥٨ – الدكتور جمال مرسى بدر النيابة فى التصرفات القانونية طبعة ١٩٨٠ ص٢٣٢ – السنهورى جـ١ طبعة ٢٠٠٤ ص ١٧٠- وقارن مذكرة المشروع التمهيدى فقد جاء بها عن المادة (١٦١) من المشروع التى أصبحت بعد تعديل طفيف فى الصياغة ، المادة ١٠٨ من القانون "..... اعتبر تعاقد الشخص مع نفسه قابلا للبطلان لمصلحة الأصيل" مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ١٠٦ – وهذا من

فيه النائب حدود نيابته . ولوجود قرينة قانونية هى أن الشخص إذا وكل غيره عنه فى التعاقد فهو لايقصد بذلك أن يبيح للوكيل أن يتعاقد مع نفسه لما فى ذلك من تعارض فى المصالح ، ولأنه لو قصد ذلك لتعاقد معه مباشرة دون حاجة إلى توكيل [١].

وقد نصت المادة على أنه : " يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد "[٢]– وعلى ذلك إذا أقر الأصيل التصرف الذى قام به النائب مجاوزا حدود نيابته ، فإن التصرف ينفذ فى حقه .

المذكرة غير سديد ، إذ أن التكييف القانونى السليم مقتضاه أن التعاقد مع النفس ، فى الحالة التى نحن بصددها ، يقع غير نافذ فى حق الأصيل على النحو الوارد بالمتن . وكان الدكتور السنهورى يأخذ برأى مذكرة المشروع التمهيدى وفسره فى هذه المذكرة ثم عدل عنه (راجع السنهورى ص ١٧٠) .

(١) السنهورى ص ١٧٠ .

(٢) والملاحظ أن المادة استعملت تعبير " الإجازة" وفى هذا الاستعمال خروج على التفرقة المعهودة بين الإجازة ويقصد بها تصحيح أحد الطرفين لعقد قابل للإبطال (م١٣٩/١ مدنى) وبين الإقرار ويقصد به قبول الشخص لعقد ما كان يحتج به عليه لولا الإقرار . وقد كان نص المادة ١٠٨ فى المشروع (برقم ١٦١) يستعمل تعبير الإقرار ويبدو أن استبدال تعبير الإجازة به تم فى بعض مراحل التقنين بغير التفات إلى الفارق الاصطلاحى بين التعبيرين (جمال مرسى بدر ص ٢٣٢ هامش١).

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- يتصور أن يتعاقد الشخص مع نفسه فى حالتين : فقد يكون الشخص طرفا فى التعاقد لحساب نفسه من ناحية ، ومتعاقدا بالنيابة عن الطرف الآخر من ناحية أخرى بذلك يتحقق التعارض بين مصالحه الشخصية ، ومصالح الأصيل . وقد يتعاقد الشخص بصفته نائبا عن الطرفين فى آن واحد ، وفى هذه الحالة يكون عمله أقرب إلى معنى التحكيم منه إلى معنى النيابة . وغنى عن البيان أن مصلحة الأصيل لاتتيسر لها ضمانات الحماية الواجبة فى كلتا الحالتين . ولهذه العلة اعتبر تعاقد الشخص مع نفسه قابلا للبطلان لمصلحة الأصيل .

ومع ذلك فقد أبيح للأصيل أن يأذن للنائب فى التعاقد فى هذه الصورة ، أو أن يقر التعاقد بعد حصوله . ومن الواضح أن البطلان المقرر فى هذا الشأن قد أنشئ بمقتضى نص خاص" [١].

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

" تقضى المادة ١٠٨ من القانون المدنى بأنه : " لايجوز للشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء كان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل" فإذا

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ١٠٦ .

حصل التعاقد بغير هذا الترخيص فلا يكون نافذا فى حق الأصيل إلا إذا أجازه ، وقد استثنت المادة من حكمها الأحوال التى يقضى فيها القانون أو قواعد التجارة بصحة هذا التعاقد . فإذا كان الموقع على الإيصال سند الدعوى هو مدير الشركة الطاعنة بوصفه ممثلا لها وقد تضمن هذا الإيصال – على ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه- إقراره بهذه الصفة باستلام الشركة منه بصفته الشخصية المبلغ المثبت به بصفة وديعة لدى الشركة ، فإن هذا الإقرار يكون متضمنا انعقاد وديعة بين نفسه وبين الشخص الاعتبارى الذى ينوب عنه (الشركة) وهو ما لا يجوز عملا بالمادة ١٠٨ سالفة الذكر إلا بترخيص من الشركة أو بإجازتها لهذا التعاقد وبالتالى لايجوز للمدير أن يرجع على الشركة على أساس عقد الوديعة ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر العبارة المؤشر بها على ظهر الإيصال والموقع عليها من المدير بصفته الشخصية متضمنة إقرارا منه بملكية سيدة ما لقيمة تلك الوديعة وكان هذا الإقرار منصبا على ذات الوديعة المشار إليها فى صلب السند فإن الإقرار المذكور لايكون من شأنه أن يرتب بذاته فى ذمة الشركة التزاما جديدا مستقلا عن الالتزام الناشئ عن عقد الوديعة ، وإنما يستمد ذلك الإقرار أثره من هذا العقد وبالتالى يدور معه وجودا وعدما ، ومن

ثم فإن عدم نفاذ الوديعة فى حق الشركة الطاعنة يستتبع أن يكون الإقرار المذكور غير ملزم لها " .

(طعن رقم ٢٨ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٣/١٢/١٩)

٢- " إن تحريم تعاقد الشخص مع نفسه إنما يقوم على قرينة قانونية هى أن الشخص إذا وكل عنه غيره فى التعاقد فهو لايقصد التوسع فى هذه الوكالة إلى حد أن يبيح للوكيل أن يتعاقد مع نفسه لما فى ذلك من تعارض فى المصالح ، لأنه لو قصد ذلك لتعاقد معه مباشرة دون حاجة إلى توكيل فإذا ما تعاقد الوكيل مع نفسه بالرغم من ذلك كان مجاوزا حدود الوكالة ويكون شأنه شأن كل وكيل جاوز حدود وكالته فلا يكون عمله نافذا فى حق الموكل إلا إذا أجازه . والقرينة القانونية المذكورة قابلة لإثبات العكس فيجوز للأصيل أن ينقضها وأن يرخص مقدما للوكيل فى التعاقد مع نفسه وفى هذه الحالة يعمل الوكيل فى حدود وكالته إذا تعاقد مع نفسه ويكون عمله نافذا فى حق الأصيل " .

(طعن رقم ٤٧٦ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/٤/٢- غير منشور)

٢١٢ـ تطبيقات تشريعية لقاعدة حظر تعاقد النائب مع نفسه :

جاء فى القانون المدنى فى مواد البيع تطبيقات للقاعدة المنصوص عليها بالمادة ١٠٨ فى المواد ٤٧٩، ٤٨٠، ٤٨١ ،

وهى تقضى بأن :

١- لايجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشترى بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلنى ما ينط به بيعه بموجب هذه النيابة ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصا عليه فى قوانين أخرى (م٤٧٩) .

٢- لايجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم فى بيعها أو فى تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أو باسم مستعار (م٤٨٠) .

وقد نصت المادة ٤٨١ على أن العقد يصح فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين سالفتى الذكر إذا أجازه من تم البيع لحسابه .

٢١٣- استثناءات على قاعدة حظر تعاقد النائب مع نفسه :

يتفرع عن أن العلة فى تحريم التعاقد مع النفس هى حماية مصلحة الأصيل ، أنه متى تحققت تلك المصلحة ، أو افترضت كذلك ، كان التعاقد مع النفس سائغا . وهذا ما يقع فى الحالتين الآتيتين :

(الحالة الأولى) : أن يرى الأصيل ذلك ، فيرخص ابتداء بالتعاقد، مثال هذه الحالة ، أن يوكل شخص آخر فى بيع مال له أو فى تأجيره ، مع الترخيص له فى أن يشتريه أو يستأجره لنفسه . أو يقر الأصيل التعاقد بعد وقوعه إذا كان لم يرخص به ابتداء .

(الحالة الثانية): الحالة التى يقضى فيها القانون أو قواعد التجارة بإمكان التعاقد مع النفس . فإذا قضى القانون فى حالة معينة بإجازة التعاقد مع النفس ، تحتم العمل بحكمه .

ومثال ذلك ما تقضى به المادة ١٤ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال من أنه : " للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء كان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك " [١].

وكذلك إذا قضت قواعد التجارة بإمكان أن يتعاقد الشخص مع نفسه ، ساغ هذا التعاقد .

---

(١) ومن الحالات التى ينص فيها القانون على عدم إجازة تعاقد الأب مع نفسه ما تنص عليه المادة ٦ من المرسوم بقانون المذكور من أنه لايجوز للولى ، حتى ولو كان أباً، أن يتصرف فى عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأحد أقاربه أو أقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة .

وعن إشارة المادة إلى ما تقضى به قواعد التجارة جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أن المقصود بذلك هو إباحة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفى التعاقد وفقاً لقواعد القانون التجارى [1].

ومن أمثلة ذلك أيضا ما تقضى به قواعد البورصات من إمكان أن يبرم السمسار الصفقة مع نفسه كما إذا كان قد كلفه شخص ببيع كمية من الأوراق المالية، وكلفه آخر بشراء هذه الكمية. فضلا عن أن ذلك مما تقضى به ضرورات التجارة فإن مظنة التحيز لأحد الطرفين قد يستبعدها أو يقلل منها رغبة كل منهما فى الإبقاء على عملائه [2].

---

(١) ويذهب البعض إلى أنه إذا كان هو المقصود بعبارة قواعد التجارة في المادة (١٠٨) كان في إدخالها ضمن الأحكام العامة في النيابة نظر ذلك أن الوكيل بالعمولة هو وكيل غير نائب لأنه يتعاقد باسمه هو لحساب الأصيل فتلحق به آثار العقد ثم ينقلها بدوره إلى الأصيل بينما أن التعاقد باسم الأصيل شرط أساسي لتحقق حكم النيابة وانصراف الآثار مباشرة إلى الأصيل (مادة ١٠٦)، ومتى كان الوكيل بالعمولة وكيلاً غير نائب كان في إدخال تصرفه عن طرفي العقد في باب تعاقد النائب مع نفسه محل نظر. (جمال مرسي بدر ص ٢٣١ وما بعدها).

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٣٩ وما بعدها – أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٢٦ ومابعدها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ويجوز أن تقضى بعض نصوص التشريع أو بعض قواعد التجارة بصحة تعاقد الشخص مع نفسه فمن ذلك إباحة تعامل الولى مع ولده وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وإباحة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفى التعاقد وفقا لقواعد القانون التجارى " (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"ليس ما يمنع فى القانون من أن يكون البائع وكيلا بالعمولة ولم يحرم القانون اجتماع الصفتين فى شخص واحد حتى مع وحدة البضاعة ووحدة المشترى ولايغير من الأمر شيئا ألا يكون الوكيل بالعمولة قد قبض أجره لأن انعقاد الوكالة أمر مستقل عن قبض أجرها "

(طعنان رقما ٣٧٩ ، ٣٨٢ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٦/٦/٢٨)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ١٠٦ .

مـادة (١٠٩)

كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون .

الشـرح

٢١٤ ـ الأصل فى الشخص توافر الأهلية :

الأصل فى الشخص توافر الأهلية ، أما عدم الأهلية فيجب أن يقرر بمقتضى نص فى القانون . ويتفرع على ذلك قيام قرينة على توافر الأهلية من شأنها إلقاء عبء الإثبات على عاتق من يتمسك بعدم الأهلية .

والأهلية مناطها التمييز ، فحيث يوجد التمييز تتوافر الأهلية ، وتكون الأهلية كاملة أو ناقصة تبعا لما إذا كان التمييز كاملا أو ناقصا ، وتهيمن هذه القاعدة الأساسية على جميع الأحكام الخاصة بالأهلية .

ويراعى فى ذلك الأهلية التى تتطلبها الأحكام الموضوعية فى مسائل الأحوال الشخصية ، سواء الواردة فى القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية ، أو فى الرأى الراجح من المذهب الحنفى [١].

وسنتناول فى المواد التالية أحكام الأهلية والحد منها بالتفصيل .

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى جـ٢ ص ١١٠ .

ونكتفى هنا بتناول مسألتين هما : تقييد الأهلية بعقوبة الجناية.

والأهلية فى الدعاوى المستعجلة .

المسألة الأولى :

٢١٥ـ تقييد الأهلية بعقوبة الجناية :

تنص المادة ٢٥ من قانون العقوبات على أن : " **كل حكم بعقوبة جناية يستلزم حتما حرمان المحكوم عليه من الحقوق والمزايا الآتية :**

(أولاً) القبول فى أى خدمة فى الحكومة مباشرة أو بصفة متعهد أو ملتزم أيا كانت أهمية الخدمة .

(ثانيا) التحلى برتبة أو نيشان .

(ثالثا) الشهادة أمام المحاكم مدة العقوبة إلا على سبيل الاستدلال.

(رابعا) إدارة أشغالة الخاصة بأمواله وأملاكه مدة اعتقاله ويعين قيما لهذه الإدارة تقره المحكمة ، فإذا لم يعينه عينته المحكمة المدنية التابع لها محل إقامته فى غرفة مشورتها بناء على طلب النيابة العمومية أو ذى مصلحة فى ذلك ويجوز للمحكمة أن تلزم القيم الذى تنصبه بتقديم كفالة .

ويكون القيم الذى تقره المحكمه أو تنصبه تابعا لها فى جميع ما يتعلق بقوامته .

ولا يجوز للمحكوم عليه أن يتصرف فى أمواله إلا بناء على إذن من المحكمة المدنية المذكورة . وكل التزام يتعهد به مع عدم مراعاة ما تقدم يكون ملغى من ذاته وترد أموال المحكوم عليه بعد انقضاء مدة عقوبته أو الإفراج عنه ويقدم له القيم حسابا عن إدارته.

(خامسا) .... الخ " .

ويبين من هذا النص ما يأتى :

(أ) أن الحرمان من الحقوق الموضحة بالمادة ومنها تلك الخاصة بإدارة الشخص أشغاله الخاصة بأمواله مدة اعتقاله ، يستلزم الحكم على الشخص بعقوبة جناية . وعقوبة الجناية هى: الإعدام – السجن المؤبد – السجن المشدد – السجن (م ١٠ من قانون العقوبات معدلة بالقانون رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٣).

أما إذا حكم عليه فى جناية بعقوبة الجنحة ، بالتطبيق للمادة ١٧ من قانون العقوبات فلا تطبق عقوبة الحرمان من الإدارة .

وكذلك إذا حكم عليه فى جنحة بعقوبة الحبس .

(ب) الحد من أهلية المحكوم عليه بعقوبة الجناية لايجئ نتيجة خلل يغيب فيه العقل أو التدبير أو يصعب عليه التعبير ، فهو خال من كل ذلك . ولكنه يجئ عقوبة تبعية توقع بقوة القانون ولو لم

ينص عليها فى الحكم [١].

(ج) لاتوقع هذه العقوبة التبعية بالنسبة للأحكام الصادرة من محاكم غير عادية عن جرائم مؤثمة بأمر من أوامر السيادة ، لأنها لاتوقع إلا على الجرائم المنصوص عليها فى قانون العقوبات أو الواردة فى القوانين الأخرى واللوائح الخاصة .

ومثال الأحكام المشار إليها الأحكام الصادرة من محكمة الثورة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " لا يستلزم حتما وبصفة عامة كل حكم بعقوبة جناية ترتيب الأحكام الواردة فى الكتاب الأول من قانون العقوبات ومنها الحرمان المنصوص عليه فى المادة ٤/٢٥ من هذا القانون ، وإنما القاعدة فى ذلك وفقا للمادة ٨ عقوبات هى مراعاة أحكام هذا الكتاب بالنسبة بالنسبة للجرائم المنصوص عليها فى قانون العقوبات والجرائم الواردة فى القوانين الأخرى واللوائح الخصوصية ما لم ترد فى تلك القوانين أو اللوائح نصوص باستثناء تطبيق أحكام الكتاب المذكور ، وهذا الاستثناء قد يكون كليا أى مانعا من تطبيق جميع الأحكام أو جزئيا أى مانعا من تطبيق بعضها مع سريان

---

(١) موسوعة هرجه الجنائية التعليق على قانون العقوبات المجلد الأول ص ٢٦٩ – حسام الدين الأهوانى ص ١٧٠ وهامش (٢) .

باقيها " .

٢- " على المحاكم غير العادية أن تطبق أحكام الكتاب الأول من قانون العقوبات ما لم يوجد نص صريح مخالف أو يوجد ما يحول دون تطبيق هذه الأحكام كلها أو بعضها كأن تكون الجرائم التى تفصل فيها هذه المحاكم لم ترد فى قانون أو لائحة ، وذلك عملا بنص المادة ٨ من قانون العقوبات " .

٣- " إذا كانت الجرائم التى تنظرها المحاكم غير العادية قد أثمها أمر من أوامر السيادة العليا فإن الأحكام الصادرة بعقوبة جناية من هذه المحاكم لاتسرى عليها أحكام الكتاب الأول من قانون العقوبات ، ذلك أن المادة ٨ من هذا القانون لاتنطبق إلا على الجرائم المنصوص عليها فى قوانين أو لوائح خصوصية ولايجوز قياس أمر السيادة على القانون فى هذا الخصوص: أولاً – لاختلاف طبيعة كل منهما ، بل قد يكون فى اعتبار أمر السيادة بمثابة قانون تفويت للغرض منه إذ أن الكتاب الأول من قانون العقوبات كما تضمن قواعد قانونية تسرى على الجرائم والعقوبات فإنه تضمن أيضا قيودا لاتتفق مع عمل السيادة .

وثانيا – لأنه لا جريمة ولا عقوبة بغير نص ، وثالثا – لأنه فى مجال توقيع العقوبات لايجوز التوسع فى التفسير " .

٤- " الأمران الصادران فى ١٣ ، ١٦ من سبتمبر سنة ١٩٥٣

بتشكيل محكمة الثورة وبيان الأفعال التى تعرض عليها والعقوبات التى توقعها لم يصدر بهما قانون أو لائحة بل صدرا على أنهما عمل من أعمال السيادة العليا التى خص بها مجلس قيادة الثورة بمقتضى المادة الثامنة من الدستور المؤقت الصادر فى ١٠ من فبراير سنة ١٩٥٣ ولذلك لم يتبع فى شأنهما ما يتبع فى القوانين من نشر بالجريدة الرسمية ، كما تفيد نصوص هذين الأمرين صراحة استثناء أحكام قانون العقوبات بما فيها الكتاب الأول منه فيما استثنى تطبيقه وهى القوانين العادية جميعها لتعارض هذا التطبيق مع الغرض الذى أنشئت من أجله المحكمة المذكورة " .

٥- " إذا تضمن أمر السيادة تشريعا فإن هذا التشريع يختلف عن القانون فى معنى المادة الثامنة من قانون العقوبات وتكون له طبيعة عمل السيادة الذى يعلو على القانون ولاينزل إلى درجته ، ومن ثم فإنه لايجوز قياس أمر السيادة الصادر بتشكيل محكمة الثورة على القانون للقول بسريان أحكام الكتاب الأول من قانون العقوبات على الجرائم التى تضمنها هذا الأمر " .

٦- " القول بأن الحرمان المنصوص عليها فى المادة ٤/٢٥ من قانون العقوبات هو مما تستلزمه طبيعة عقوبة الجناية وبأن من أغراضه حماية المحكوم عليه وأنه لذلك يترتب على كل حكم بعقوبة جناية أيا كانت المحكمة التى أصدرته وأنه لايشترط أن

يكون هذا الحكم قد صدر بالتطبيق لأحكام قانون العقوبــات وفــى جرائم مما نص عليه فــى هــذا القــانون أو القــوانين واللــوائح الخصوصية ، هذا القول غير صحيح ، ذلك أن الأحكام الصــادرة من المجالس العسكرية بعقوبة جناية لايترتب عليها حرمان المحكوم عليه من إدارة أمواله وكذلك الأحكام الصادرة بهذه العقوبــة مــن المحاكم العسكرية البريطانية لم يكن يترتب عليها هــذا الحرمــان رغما من أن تنفيذها كان يتم فى السجون المصرية " .

٧- " عقوبة السجن الواردة فى المادة ٣ من الأمــر الصــادر بتشكيل محكمة الثورة ليست هى بذاتها عقوبة السجن المنصــوص عليها فى المادة العاشرة من قانون العقوبات ، ذلك أن المادة ٣ من أمر التشكيل لم تعين - على خلاف أحكام الكتاب الأول من قــانون العقوبات - حدا أدنى وحدا أقصى لعقوبة السجن " .

٨- "إن ما نص عليه فى الفقرة الثانية من المادة ٢ من الأمــر الصادر بتشكيل محكمة الثورة من جواز إعفاء المحاكم العاديــة أو غير العادية من نظر بعض القضايا وعرضها على محكمة الثــورة لايفيد الإحالة على قانون العقوبات فى خصوص الجــزاءات التــى توقعها المحكمة المذكورة".

٩- "محكمة الثورة هى محكمــة ذات ســيادة لاتســرى علــى الجرائم التىتحكم فيها القواعد المنصوص عليها فى الكتــاب الأول

من قانون العقوبات سواء أكانت الجريمة التى عاقبت عليها هى مما أثمه لأول مرة الأمر الصادر بتشكيلها أم من الجرائم المنصـــوص عليها فى قانون العقوبات أو فى القوانين الأخرى لأنها فـــى كلتـــا الحالتين إذ تعاقب المتهم إنما تمارس سيادة عليا تسمو على القوانين العادية ويمكن تشبيهها من بعض النواحى فـــى هـــذا الخصـــوص بمجلس الشيوخ الفرنسى حينما كان ينعقد بوصفه محكمة عليا بنـــاء على نصوص دستور سنة ١٨٧٥ لمحاكمة أى شخص متهم بجناية من الجنايات المخلة بأمن الدولة أو لمحاكمـــة رئـــيس الجمهوريـــة بتهمة الخيانة العظمى أو لمحاكمة الوزراء ، فقد كان هذا المجلـــس يصدر فى قضائه على أنه محكمة عليا ذات سيادة لاتتقيد بنصوص القوانين العادية ولا بقاعدة أن " لاجريمة ولا عقوبة بغيـــر نـــص" وتقضى بتأثيم أفعال لم يرد فى القانون الفرنســـى نـــص بتأثيمهـــا وتضع العقوبة التى تراها وتقضى أحيانا بالإعفـــاء مـــن العقوبـــة الأصلية أو الحكم بالعقوبة التبعية على أنها عقوبة أصلية" .

(طعن رقم ٣ لسنة ٢٥ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٥٥/٦/٢٣)

(د) الحرمان يشمل حرمان المحكوم عليه مـــن " إدارة أشـــغاله الخاصة بأمواله وأملاكه مدة اعتقاله " . وهذا الحرمان هو تقريـــر "لحجر قانونى" يشمل كل أعمال الإدارة ويضع قيدا علـــى أعمـــال التصرف . وهذا الحجر هو اعتراف بحقيقة الواقـــع ، إذ المحكـــوم

عليه عاجز فعلا أثناء فترة اعتقاله عن إدارة أمواله ، والحجر من هذه الوجهة فى مصلحته لأنه يضع إدارة أعماله فى يد شخص قادر على ذلك . ولكن الشارع قد استهدف به ضمان تنفيذ العقوبة على الوجه المطابق للقانون . وذلك بالحيلولة بين المحكوم عليه وبين أن يستغل أمواله فى الهرب أو تحسين وضعه فى السجن .

(هـ) هذا الحرمان خاص بإدارة المحكوم عليه لأشغاله الخاصة بأمواله . فلا يشمل حقوقه الشخصية كالزواج والطلاق والإقرار بالنسب وما إليها ، فله أن يستعملها بغير تقييد .

(و) تنفذ هذه العقوبة على المحكوم عليه طوال فترة اعتقاله ، وتنفذ على المحكوم عليه بعقوبة الإعدام فى الفترة بين صيرورة الحكم واجب التنفيذ وبين تنفيذه .

كما تلحق المحكوم عليه إذا عفى عنه ما لم ينص قرار العفو على خلاف ذلك ، أو سقطت العقوبة بالتقادم [1]. كما أنها تنقضى بالإفراج الشرطى .

ولا محل لهذه العقوبة قبل البدء فى تنفيذ عقوبة الجناية ولو كان ذلك لهرب المحكوم عليه .

(ز) الحجر على المحكوم عليه يقتصر على أعمال الإدارة ،

---

(١) الدكتور محمود نجيب حسنى شرح قانون العقوبات القسم العام طبعة نادى القضاة ص ٨١٩ .

فهى التى تغل عنها يد المحكوم عليه .

أما أعمال التصرف – سواء أكانت بعوض أم بغير عوض– فيبقى الحق فى مباشرتها للمحكوم عليه ، ولكن يقيد فى ذلك بالحصول على إذن المحكمة المدنية التابع لها محل إقامته [١].

فإذا لم يحصل المحكوم عليه على هذا الإذن ، وقع تصرفه باطلا بطلانا مطلقا .

ويتساوى مع إجراء التصرف فى المال تعهد المحكوم عليه بأى التزام [٢].

(ح) يكون المحكوم عليه عديم الأهلية فى التقاضى أمام المحاكم سواء بصفته مدعيا أو مدعى عليه ، ويمثله فى ذلك طوال مدة تنفيذ العقوبة القيم الذى تعينه المحكمة . إلا أنه إذا كان قد اختصم بصفته الشخصية وصدر الحكم عليه بهذه الصفة لأن السبيل الوحيد للطعن فى هذا الحكم هو رفعه بذات الصفة التى كان مختصما بها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" ولئن كان مؤدى نص المادتين ٢٤، ٤/٢٥ من قانون العقوبات أن كل حكم بعقوبة جناية يستتبع حتما وبقوة القانون حرمان

---

(١) الدكتور محمود محمود مصطفى شرح قانون العقوبات القسم العام الطبعة الثانية ١٩٥٥ ص ٤٣١– الدكتور محمود نجيب حسنى ص٨٢٢.
(٢) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى نظرية الحق طبعة ١٩٥٧ ص ١١٨ .

المحكوم عليه من حق إدارة أشغاله الخاصة بأمواله وأملاكه مدة اعتقاله ، على أن يعين قيما لهذه الإدارة تقره المحكمة فإذا لم يعينه عينته المحكمة المدنية التابع لها محل إقامته فى غرفة مشورة بناء على طلب النيابة العامة أو ذى المصلحة فى ذلك إلا إذا وجد فى قانون العقوبات أو غيره من القوانين الأخرى واللوائح الخصوصية نص يستثنى المحكوم عليه من هذا الحرمان مما مؤداه – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض– عدم أهلية المحكوم عليه للتقاضى أمام المحاكم سواء بصفته مدعيا أو مدعى عليه ويمثله فى ذلك – طوال مدة تنفيذ العقوبة – القيم الذى تعينه المحكمة المدنية لذلك بناء على طلب النيابة أو ذى المصلحة إلا إنه إذا اختصم المحكوم عليه بصفته الشخصية وصدر الحكم عليه بهذه الصفة وكان السبيل الوحيد للطعن فى هذا الحكم بطريق النقض هو التقرير به بذات الصفة التى كان مختصما بها أمام محكمة الاستئناف فإن طعنه بالنقض على هذا النحو يكون مقبولا شكلا " .

(طعن رقم ٣٠٥ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٢/٦ – لم ينشر بعد)

(ط) يجوز للمحكمة المدنية أن تلزم القيم الذى تنصبه بتقديم كفالة . ويكون القيم الذى تقره المحكمة أو تنصبه – إذا كان المحكوم عليه لم يعين قيما– تابعا لها فى جميع ما يتعلق بقوامته، فلا علاقة لمحكمة الأسرة بهذه المسألة .

(ي) يلتزم القيم عند انتهاء مهمته بأن يرد إلى المحكوم عليه أمواله ويقدم له حسابا عن إدارته .

المسألة الثانية:

٢١٦ ـ الأهلية فى الدعاوى المستعجلة :

لايشترط أن تتوافر فى الدعاوى المستعجلة الشروط اللازمة لأهلية التقاضى أمام القضاء العادى، بل يكفى أن يكون لرافع الدعوى مصلحة محققة وحالة فى الإجراء. والسبب فى ذلك يرجع إلى أمرين:

١-أن طبيعة الاستعجال وما يقتضيه من سرعة اللجوء إلى القاضى المستعجل لاتخاذ إجراءات سريعة لدرء الخطر العاجل قد تتعارض مع المطالبة بأهلية التقاضى العادى والتى يلزم لها شروط معينة ولبعضها تراخيص خاصة من هيئات خاصة قد تستغرق وقتا للحصول عليها .

٢- أن الحكم الصادر من القاضى المستعجل له حجية مؤقتة ، ولايمس أصل الحق الذى يبقى دائما سليما بالرغم من صدوره [١].

على أن هذا الاستثناء يقتصر على الأهلية الإجرائية دون أهلية

---

(١) راتب وآخرين قضاء الأمور المستعجلة الطبعة السابعة ١٩٨٥ ج١ ص٨٣- المستشار محمد عبد اللطيف القضاء المستعجل الطبعة الثالثة ١٩٦٨ ص٥٧٦ ومابعدها – مؤلفنا الدفوع فى قانون المرافعات الطبعة الثالثة ٢٠٠١/٢٠٠٢ ص ٤٢٤ ومابعدها .

الاختصام فهذه يجب توافرها أيضا فى الخصومة المستعجلة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لايشترط لقبول الدعوى المستعجلة أن تتوافر للخصوم الأهلية التامة للتقاضى لأن الحكم المطلوب يكـون حكمـا وقتيـا لايمـس الموضوع ، ولأن شرط الاستعجال يتنافى مع ما يحتاجه الحـرص على صحة التمثيل القانونى من وقت " .

(طعن رقم ٩٦ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/٣/٢٦)

وبالترتيب على ذلك :

١- يجوز لناقص الأهلية الذى بلغ الثمانى عشرة سنة أو حتـى قبل ذلك فى حالة الضرورة القصوى وكذلك للسفيه رفع الـدعوى أمام القضاء المستعجل .

إلا أن ذلك غير جائز بالنسبة لعديم الأهلية كالصبى غير المميز والمجنون والمعتوه ، لأنه لا يدرى ما يقول أو يفعل ولايسأل عـن أعماله .

٢- أنه يجوز لناقص الأهلية أن يرفع الدعوى أمـام القاضـى المستعجل إذا تعارضت حقوقه مع مصـلحة الوصـى أو القـيم أو الولى مهما كان الباعث على ذلك .

٣- أن يرفع الوصى الدعوى المستعجلة بغير إذن من المحكمة.

٤- أن ترفع الدعوى من أحد ناظرى الوقف المعينين بشرط عدم الانفراد فى التقاضى أمام القاضى المستعجل إذا لم يوافق الناظر الآخر على التقاضى أمامه .

٥- أن ترفع الدعوى من المستحق للوقف أمام القاضى المستعجل للمحافظة على حقوقه قبل الناظر أو للمحافظة على حقوق الوقف قبل الغير إذا أهمل أو تراخى المتولى فى صيانتها إذا كان الوقف شاغرا .

كما يجوز ذلك للوكيل فى حالة الوكالة العامة أو لأحد الشركاء على الشيوع بالنسبة لكافة الأموال المشتركة أو لمدير الشركة بغير ترخيص من مجلس الإدارة [١].

---

(١) راتب وآخرين ص ٨٣ ومابعدها .

مـــادة (١١٠)

ليس للصغير غير المميز حق التصرف فــى مالــه ، وتكــون جميع تصرفاته باطلة .

الشـــرح

٢١٧ـ ليس للصغير غير المميز التصرف فى ماله :

الصغير غير المميز هو الطفل الذى لم يبلغ السابعة من العمــر طبقا للتقويم الميلادى . وهكذا تقدر سن التمييز بســبع ســنوات . فالأمر لايرتبط بقياس درجة إدراك الطفل وتمييــزه مــن الناحيــة الفعلية . وإنما يتعلق بقرينة قانونية قاطعة أى غير قابلــة لإثبــات العكس مضمونها أن الطفل دون السابعة من عمره لايكون مميــزا ولو كان مميزا بالفعل . وأن الطفل فى السابعة من عمــره مميــزا حتى ولو تأخر تمييزه وإدراكه إلى ما بعد ذلك (١).

والصبى غير المميز غير أهــل لمباشــرة أى تصــرف مــن التصرفات القانونية ، وعدم الأهلية هذه لاتقتصر على عقود التبرع وعقود التصرف وعقود الإدارة فقط بل تمتد أيضــا إلــى عقــود الاغتناء ، أى ما كان منها نافعا نفعا محضا ، فهو غير أهل لقبــول الهبة وسائر التبرعات ، فضلا عن مباشرة أى تصرف آخر يؤدى

---

(١) الدكتور نعمان خليل جمعه دروس فى المدخل للعلوم القانونيــة طبعــة ١٩٧٧ ص ٤٥٧.

إلى إيجاب حق عليه للغير الغير كبيع أو شراء ونحوهما .

والذى يتولى عن الصغير مباشرة جميع التصرفات هو من يمثله قانونا ، الولى أو الوصى على نحو ما سنرى [(١)].

٢١٨ ـ أثر تصرف الصبى غير المميز :

إذا صدر تصرف ما من الصغير غير المميز كان هذا التصرف باطلا بطلانا مطلقا [(٢)].

والبطلان المطلق الذى يترتب على أعمال الصبى غير المميز من شأنه أن يهدم الأعمال فتكون غير موجودة ولا أثر لها قانونا. ويترتب على ذلك نتيجتان هامتان :

الأولى : أن طلب الحكم بالبطلان ليس مقصورا على الصغير وحده (بعد بلوغه سن الرشد) أو الولى عليه ، بل يحق طلبه لكل من له مصلحة فى تقريره .

والثانية : أن البطلان لايزول بالإجازة ، بمعنى أن التصرف

---

(١) عبد المنعم البدراوى فى المدخل للقانون الخاص الطبعة الأولى سنة ١٩٥٧ ص ١٤٢ ومابعدها .

(٢) وحال مناقشة المادة بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تساءل سعادة العشماوى باشا هل تكون تصرفات الصبى غير المميز باطلة بطلانا مطلقا فأجاب الدكتور بغدادى تكون باطلة فقط وهذا هو البطلان المطلق والمشروع لم يستعمل اصطلاحى البطلان المطلق والنسبى وإنما استعمل اصطلاحى البطلان والقابلية للبطلان . (محضر الجلسة السادسة مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ١١٣ ومابعدها) .

الصادر من الصغير لا يمكن أن تصححه إجازته له بعد بلوغه ولا إجازة الولى عليه .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"يدل النص فى المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال على أن الصبى المميز ليست له فى الأهلية أهلية التصرف فى أمواله ، فلا يملك الصلح على الحقوق . إلا أنه يجوز لوليه إذا كان هو الأب أن يصالح على حقوقه ، ولكن يجب عليه الحصول على إذن المحكمة إذا كان محل الصلح عقارا أو محلا تجاريا أو أوراقا مالية تزيد قيمتها على ثلثمائة جنيه " .

(طعن رقم ١٠٢٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٠/٢/٧)

مــادة (١١١)

١- إذا كان الصبى مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا ، وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا.

٢- أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ، فتكــون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر ، ويزول حق التمسك بالإبطـــال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه ســـن الرشـــد ، أو إذا صـــدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقا للقانون .

الشـــــرح

٢١٩ ـ أنواع التصرفات بالنسبة للأهلية :

تختلف أهلية الأداء اللازمة لإجــراء التصـــرفات القانونيـــة ، باختلاف نوع هذه التصرفات .

والتصرفات فى هذا الصدد تتقسم أساسا إلى ثلاثة هى :

١- تصرفات نافعة نفعا محضا : وهى التصرفات التى تـــؤدى إلى تمليك الشخص مالا أو حصوله على منفعة دون عـــوض بـــل دون أى تكليف ، مثال ذلك الهبة غير المقترنة بشرط والاشـــتراط لمصلحته فى عقد من عقود التأمين .

وحكم القانون بالنسبة لهذه التصرفات إذا ما صدرت من الصبى المميز أنها صحيحة أى أن الصبى المميز يتمتع بأهلية أداء كاملـــة بالنسبة لها .

٢- تصرفات ضارة ضررا محضا : وهـى التصـرفات التـى تؤدى إلى خروج مال من ذمة الصغير دون مقابـل أو عـوض . وتعتبر باطلة بطلانا مطلقا متى صدرت من ناقص الأهلية .

فيعتبر الصبى المميز بالنسبة لهذه التصرفات عديم الأهلية شأنه فى ذلك شأن الصبى غير المميز ، ومثال هـذه التصـرفات هبـة الصغير لمال معين من أمواله وإبرائه لمدينـه مـن ديـن عليـه والتبرع[١].

٣- تصرفات دائرة بين النفع والضرر :

وهى التصرفات التى لا تتمحض للنفع ولا للضرر ، وإنما هى التصرفات التى بمقتضاها يعطى المتصرف ويحصل على مقابل ما أعطاه وتسمى عقود المعاوضة أو العقود التبادلية . ومثال ذلك البيع الذى بمقتضاه ينقل البائع ملكية المبيع ويحصل مقابل ذلـك علـى

---

(١) ويلاحظ فى شأن التبرع أن المادة الخامسة من المرسوم بقـانون رقـم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال أجازت للولى التبرع بمال القاصر لأداء واجب إنسانى أو عائلى بإذن من المحكمة كمـا أجـازت المادة ٣٨ من ذات المرسوم بقانون للوصـى ذلـك . وبالنسـبة لهـذا الاستثناء فإن الصغير نفسه لايملك التبرع وإنما يملكه الولى أو الوصى وبالشروط التى ذكرها القانون (المستشار الدكتور محمد كمال حمـدى الولاية على المال الجزء الأول الأحكام الموضـوعية الطبعـة الأولـى ١٩٦٣ ص ١٤٨ هامش ١) .

الثمن الذى يؤديه المشترى . ومثال ذلك أيضا المؤجر الذى يعطى للمستأجر منفعة الشيء مقابل الحصول على الأجرة . ولا يغير من طبيعة هذه التصرفات عدم تعادل الحقوق المتبادلة . فالعبرة هى بالطبيعة الأصلية للتصرف، بغض النظر عما قد يمس هذه الطبيعة من ظروف خاصة بكل تصرف ، ويكون من شأنها عدم التعادل بين الحقوق التى يحصل عليها كل طرف [١].

وتشمل الأهلية اللازمة لإجراء التصرفات الدائرة بين النفع والضرر نوعين فرعيين :

١- أهلية التصرف بعوض أو بمقابل . وهى تلزم لإجراء التصرفات التى من شأنها أن تفقد المال من صاحبه ، ولو جزئيا ، كالبيع والشراء .

٢- أهلية الإدارة ، وهى الأعمال القانونية التى تنحصر فى استغلال الشيء واتخاذ كل ما يلزم من إجراءات وتصرفات لتيسير هذا الاستغلال ، فهى من الأعمال التى تحمل صاحبها ، بالتزامات شخصية فقط أى دون أن يكون من بين أهدافها إنشاء أو نقل حق عينى .

ولكن هذا الميعار لايعبر تماما عن الواقع . فقد استقر الفقه

---

(١) نعمان جمعه ص ٤٥٤ ومابعدها- محمد عبد الوهاب خفاجى ص٢٥٢.

ومعه الشرع عن أن هناك بعض التصرفات التى ترد على حقوق عينية . ومع ذلك تعد من أعمال الإدارة . فمن يدير أرضا زراعية يستطيع أن يشترى السماد والبذور ويستطيع أن يبيع المحصول ويبيع ألبان المواشى . وكذلك يستطيع الوكيل وكالة عامة ، وهو لايملك سوى أعمال الإدارة ، أن يبيع الثمار والمنقولات التى تكون عرضه للهلاك أو لنقص القيمة (١).

والنوع الأول من هذه التصرفات إذا صدرت من الصبى المميز تكون باطلة إلا أن هذا البطلان نسبى وليس مطلقا .

أما بالنسبة للنوع الثانى فسنعرض له فيما بعد .

٢٢٠- أهلية الصبى الذى بلغ السابعة :

الصبى الذى بلغ سن السابعة دون أن يصل إلى الواحد والعشرين من عمره ، هو الذى يطلق عليه القاصر أو الصبى المميز ، فهو يميز ولكنه غير رشيد .

ولذلك فهو ليس عديم التمييز وليس كامل التمييز ، وإنما هو ناقص التمييز وبالتالى ناقص الأهلية .

ونظرا لطول المدة التى تفصل بين السابعة والواحد والعشرين

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية العقد ص ٨٥ – نعمان جمعه ص ٤٥٣ ومابعدها .

من العمر ، والتى تتضمن نموا متدرجا فى ملكات القاصر وقدراته الذهنية أى فى تمييزه وإدراكه وبالتالى فى صلاحيته لإبرام التصرفات . فقد راعى المشرع ذلك بأن منح للقاصر بعض الصلاحيات أحيانا ببلوغه السابعة وأحيانا ببلوغه السادسة عشرة من عمره وأحيانا ببلوغه الثامنة عشرة . وهذا ما نعرض له فيما يلى :

٢٢١ـ أولاً : صلاحيات الصبى المميز ببلوغه السابعة من العمر:

١- تصرف القاصر فى أمواله الموضوعة تحت تصرفه لأغراض نفقته :

وفى هذا تنص المادة ٦١ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال على أن : " للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ويصبح التزامه المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال فقط " .

فقد لاحظ المشرع أن الضرورات العملية تقتضى الخروج على القاعدة العامة التى تقضى بقابلية تصرفات ناقص الأهلية للبطلان إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، أو ببطلانها إذا كانت ضارة ضرراً محضاً فهذه الضرورات العملية تجعل ناقص الأهلية مسلطا بحكم الواقع على مال يسلم إليه لأغراض نفقته ، ويتعامل معه الناس فى حدوده وكلهم مطمئن إلى سلامة هذا التعامل واستجابته

لأغراض جديرة بالرعاية . كطالب قاصر يسلمه أبوه بعض المال للإنفاق منه على نفسه وليسد به بعض حاجاته . ولذلك رأى المشرع أن يساير اتجاه بعض التشريعات الأجنبية ، ليقرر للقاصر أهلية محدودة تقتصر على ما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته .

وعلى هذا النحو يكون القاصر فى حدود هذا المال أهلا للإدارة والتصرف جميعا ، وتكون أعمال إدارته وتصرفاته صحيحة . والمرجع فى تعيين تلك الحدود هو ما جرت به العادة ، مع الاعتداد بظروف الأشخاص وبيئتهم الاجتماعية (١).

٢- **إبرام القاصر عقد العمل الفردى** . فقد نصت المادة ٦٢ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أن : " للقاصر أن يبرم عقد العمل الفردى وفقا لأحكام القانون ، وللمحكمة بناء على طلب الوصى أو ذى شأن إنهاء العقد رعاية لمصلحة القاصر أو مستقبلة أو لأى مصلحة أخرى ظاهرة " .

فللقاصر إبرام عقد العمل الفردى لكى يعمل لدى الغير بمقابل . ويكون العقد صحيحا نافذا . إلا أنه صيانة لمصلحة القاصر وللمصلحة العامة أعطى المشرع للمحكمة نوعا من الرقابة على هذا

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ١٥١ .

التصرف بحيث تستطيع إنهاءه بالنسبة للمستقبل ، ولا يعد هذا إبطالا للعقد وإنما إنهاء لأثره .

ومما يبرر إنهاء العقد أن يكون القاصر مريضا أو يكون في استعداده ما ينبيء بمستقبل أفضل فيما لو انصرف إلى تحصيل العلم أو الاشتغال بفن من الفنون ، وكما لو كان للقاصر مجال في أن يحسن أجره ومركزه إذا اشتغل بمهنة أخرى .

ويعد صاحب مصلحة فى إنهاء العقد ولى النفس على الصغير.

ويلاحظ أن القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ بإصدار قانون الطفل مع عدم الإخلال بنص الفقرة الثانية من المادة (١٨) من قانون التعليم الصادر بالقانون رقم ١٣٩ لسنة ١٩٨١. يحظر تشغيل الأطفال قبل بلوغهم أربع عشر سنة ميلادية كاملة، كما يحظر تدريبهم قبل بلوغهم اثنتى عشرة سنة ميلادية، ويجوز بقرار من المحافظ المختص بعد موافقة وزير التعليم، الترخيص بتشغيل الأطفال من سن اثنتى عشرة إلى أربع عشرة سنة في أعمال موسمية لا تضر بصحتهم أو نموهم ولا تخل بمواظبتهم على الدراسة (م ٦٤).

٣- تصرف القاصر فيما يكسبه من عمله أو من أجره أو غيره :

وفى هذا تنص المادة ٦٣ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة

١٩٥٢ على أنه : " يكون القاصر الذى بلغ السادسة عشرة أهلا للتصرف فيما يكسبه من عمله أو من أجره أو غيره ، ولايجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته .

ومع ذلك فللمحكمة إذا اقتضت المصلحة أن تقيد حق القاصر فى التصرف فى ماله المذكور وعندئذ تجرى أحكام الولاية والوصاية " .

وقد أبقى المشرع بذلك على الحكم الذى كان مقررا فى التشريع القديم فى شأن أهلية القاصر الذى بلغ ست عشرة سنة فيما يتعلق بكسب العمل ، ولكنه وسع حدود هذا الحكم وأحاطه بضمانات جديدة تكفل صيانة مصلحة القاصر . والجوهرى فى تقرير هذا النوع من الأهلية المحدودة هو تقدير مكانة العمل وإيثار العاملين بمزايا تنطوى على معنى التشجيع والمكافأة ، ولهذا نصت المادة ٦٣ على أن يكون القاصر الذى بلغ السادسة عشرة أهلا للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره وعلى أن أثر هذه الأهلية لايجاوز صحة التزام القاصر فى حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو من صناعته إلا أن من الحالات ما يتكشف فيه الأمر عن قصور تجربة القاصر أو ميله إلى الإسراف أو ضخامة ما يكسبه على نحو يعزى بالانسياق وراء التوسع فى الإنفاق – كما لو كان

يحصل على دخل من استغلال مواهبه فى الأفلام - ولذلك أضافت المادة نفسها حكما جديدا يقضى بأن للمحكمة إذا اقتضت المصلحة أن تقيد حق القاصر فى ماله المذكور عندئذ تجرى أحكام الولاية والوصاية [١].

٤- تصرف القاصر فى المهر والنفقة إذ أذنته المحكمة فى الزواج :

تنص المادة ٦٠ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أنه : " إذا أذنت المحكمة فى زواج القاصر الذى له مال كان ذلك إذنا له فى التصرف فى المهر والنفقة ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن أو فى قرار لاحق " .

وقد استرشد المشرع فى هذا النص بأحكام بعض التشريعات الأجنبية التى تقضى بثبوت الأهلية بمجرد الزواج ولكنه لم ير الأخذ بهذه الأحكام على إطلاقها رعاية لمصلحة القصر فى سن قل أن تتوافر فيه الخبرة المطلوبة .

ويقصد بالمهر فى أحكام النص الصداق الذى يؤديه الزوج لزوجته دون الدوطة أو البائنة التى تقدمها الزوجة للزوج فى بعض الشرائع .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

ويقصد بالنفقة ما يؤدى من أحد الزوجين للآخر بالتراضى أو بحكم من القضاء كمقابل للإنفاق .

وللمحكمة عند الإذن بالزواج أو عند رفع الأمر إليها بعد ذلك أن تقرر إضافة المهر كله أو بعضه أو النفقة كلها أو بعضها إلى الأموال المشمولة بالوصاية متى كانت مصلحة القاصر توجب ذلك كما لو كان المهر أو متجمد النفقة كبيرا وكان فى نفقة القاصر التى قررتها المحكمة ما يكفيه أو كان فى ظروف ما يخشى معه من الإسراف أو الإتلاف (١).

٢٢٢ـ ثانيا : صلاحيات القاصر البالغ من العمر ثمانى عشرة سنة :

إذا بلغ القاصر ثمانى عشرة سنة ، فإن هناك حالتين يأذن فيهما الولى أو المحكمة – حسب الأحوال – للقاصر بأهلية جزئية فيهما هما:

١- الإذن للقاصر بإدارة أمواله .

٢- الإذن للقاصر بالاتجار .

ونعرض لهاتين الحالتين فيما يلى :

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

(أ) الإذن للقاصر بإدارة أمواله :

٢٢٣ ـ النصوص القانونية :

المادة ٥٤ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ :

" للولى أن يأذن للقاصر الذى بلغ الثامنة عشرة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ويكون ذلك بإشهاد لدى الموثق وله أن يسحب هذا الإذن أو يحد منه بإشهاد آخر مع مراعاة حكم المادة ١٠٢٧ من قانون المرافعات " .

المادة ٥٥ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ :

" يجوز للمحكمة بعد سماع أقوال الوصى أن تأذن للقاصر الذى بلغ الثامنة عشرة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها وإذا رفضت المحكمة الإذن فلا يجوز تجديد طلبه قبل مضى سنة من تاريخ صدور القرار النهائى بالرفض " .

٢٢٤ـ ممن يصدر الإذن ؟

يصدر الإذن للقاصر الذى بلغ الثمانية عشرة بإدارة أمواله من الولى الشرعى إذا كان القاصر مشمولا بالولاية . ويكون ذلك بإشهاد لدى الموثق .

وللولى أن يسحب هذا الإذن أو يحد منه بإشهاد آخر .

وقدأشارت المادة (٥٤) إلى وجوب مراعاة حكم المادة (١٠٢٧)

من قانون المرافعات.

وهذه المادة تقضى بأنه إذا لم يطلب تسجيل الطلب أو رفض الإذن به على قلم الكتاب أن يسجل فى الميعاد المذكور فى المادة السابقة القرارات النهائية الصادرة بما يأتى : (١)........ (٢) سلب الولاية أو الحد منها أو وقفها ..... الخ "[١].

وهذه المادة قد ألغيت بإلغاء الكتاب الرابع من قانون المرافعات المدنية والتجارية المضاف إلى القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩

---

(١) ولا نرى محلاً لتطبيق ما يقضي به نص المادة ٣٢ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ من أنه: "تقيد النيابة العامة طلبات الحجر والمساعدة القضائية واستمرار الولاية أو الوصاية وسلب الولاية أو الحد منها وسلب الإذن للقاصر أو المحجور عليه أو الحد منه وإثبات الغيبة والحد من سلطة الوكيل عن الغائب ومنع المطلوب الحجر عليه أو سلب ولايته من التصرف أو تقييد حريته فيه، وذلك يوم وساعة تقديم الطلب في سجل خاص.

ويقوم القيد في السجل مقام التسجيل، وينتج أثره من تاريخ إجرائه متى قضى بإجابة الطلب، وعلى النيابة العامة شطب القيد إذا قضى نهائياً برفض الطلب.

ويصدر وزير العدل قرارا بإجراءات القيد والشطب" – وما يقضي به قرار وزير العدل رقم ١٠٩٠ لسنة ٢٠٠٠ بإجراءات القيد والشطب في السجل الخاص بمواد الولاية على المال في (المادة الثانية – ثاني عشر) التي تنص على أن تثبت كافة القرارات الأخرى التي تصدرها المحكمة في خصوص إدارة أموال المعنى بالحماية بالسجل المشار إليه.

بمقتضى المادة الرابعة من قانون إصدار القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنيظم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية .

أما إذا كان القاصر مشمولا بالوصاية فإن هذا الإذن يصدر من المحكمة (محكمة الأسرة) .

بعد سماع أقوال الوصى. وإذا رفضت المحكمة الإذن فلا يجوز تجديد طلبه قبل مضى سنة من تاريخ صدور القرار النهائى بالرفض . ورغم أن المادة (٥٥) سالفة الذكر نصت على المسألة الأخيرة ، فقد ورد النص عليها أيضا فى المادة ٤٨ من قانون إنشاء محاكم الأسرة .

ومناط الإذن فى هذه الحالة هو صلاحية القاصر لتولى الإدارة والاطمئنان إلى قدرته على إحسان القيام عليها فإذا لم تطمئن المحكمة إلى صلاحية القاصر رفضت الإذن .

ورئى أن ينص على عدم جواز تجديد طلب الإذن قبل مضى سنة حتى يتسع مجال الاختيار وتتاح للقاصر فرصة كافية للنضوج والاستزادة من الخبرة .

٢٢٥ـ حدود الإذن بالإدارة :

بينت الفقرة الأولى من المادة ٥٦ من المرسوم بقانون رقم ١١٩

لسنة ١٩٥٢ حدود الإذن بالإدارة ، فنصت علــى أن : " للقاصـــر المأذون أن يباشر أعمال الإدارة وله أن يفــى ويســتوفى الــديون المترتبة على هذه الأعمال ولكن لايجوز له أن يــؤجر الأراضـــى الزراعية والمبانى لمدة تزيد على سنة ولا أن يفى الديون الأخـــرى ولو كانت ثابتة بحكم واجب النفاذ أو سند تنفيذى آخر إلا بإذن مـــن المحكمة أو من الوصى فيما يملكه من ذلك . ولايجوز للقاصـــر أن يتصرف فى صافى دخله إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمـــه نفقتهم قانونا " .

فالقاصر المأذون بالإدارة يكون أهـــلا للقيـــام بأعمـــال الإدارة اللازمة بالنسبة لجميع أمواله إلا إذا اقتصر الإذن على بعض أمواله دون البعض الآخر .

والمقصود بأعمال الإدارة – كما ذكرنا سلفا – الأعمـــال التـــى تنحصر فى استغلال الشيء واتخاذ كل ما يلـــزم مـــن إجـــراءات وتصرفات لتيسير هذا الاستغلال .

ويدخل فيها شراء السماد والبذور اللازمـــة وبيـــع المحصـــول وألبان المواشى [1].

ولذلك نصت المادة ٥٦ على أن للقاصر " أن يفـــى ويســـتوفى

---

(١) نعمان جمعه ص ٤٥٣.

الديون المترتبة على هذه الأعمال " .

غير أن المادة أوردت بعض القيود على الإذن الصادر للقاصر بالإدارة ، سواء كان هذا الإذن صادرا من الولى أو من المحكمة . وتخلص هذه القيود فيما يلى :

١- لايجوز للقاصر أن يؤجر الأراضى الزراعية والمبانى لمدة تزيد على سنة .

٢- لايجوز للقاصر الوفاء بالديون غير المترتبة على الإدارة ولو كانت ثابتة بمقتضى أحكام واجبة النفاذ أو سندات تنفيذية أخرى إلا بإذن خاص من المحكمة أو من الوصى فيما يملكه من ذلك .

أما إذا كان خاضعا للولاية فإن الإذن بهذه الأعمال لابد أن يصدر من الولى .

والمقصود بالإذن ، هو الترخيص فى كل عمل بخصوصه دون الترخيص له ترخيصا مطلقا بالقيام بهذه الأعمال ، وإلا انتفى معنى الإشراف الذى يقصد من الإذن [١].

٣- لايجوز للقاصر التصرف فى صافى دخله إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانونا .

والمقصود بهذا الدخل ليس دخل العمل ، وإنما دخل ما يملك

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢.

من مال ، لأن دخل العمل يجوز للقاصر الذى بلغ السادسة عشــرة من عمره التصرف فيه دون حاجة إلى إذن خاص من المحكمـــة أو الولى[١].

٢٢٦ـ واجبات القاصر المأذون :

يتعين على القاصر المأذون أن يلتزم حدود الإذن ، فــإذا كـــان الإذن بالإدارة خاصا ببعض أمواله فليس له مباشرة أعمـــال الإدارة بالنسبة لأمواله الأخرى ، كما أن عليه أن يحســن التصــرف فــى إدارته، وعلاوة على ذلك ألزمت المادة ٥٨ من المرســوم بقــانون القاصر المأذون أن يقدم حسابا سنويا يؤخذ عند النظــر فيــه رأى الوصى – أما إذا كان القاصر مشمولا بالولاية فيؤخذ عند النظــر فيه رأى الولى – وفى إلزام القاصر بتقديم كشف حساب سنوى يتيح للمحكمة مراقبة إدارة القاصر المأذون والإشراف عليها .

وقد أجازت المادة للمحكمة أن تأمر بإيداع المتوفر مــن دخــل القاصر المأذون خرائن الحكومة أو أحد المصارف وفى هذه الحالة لايجوز للقاصر المأذون سحب شىء منه بغير إذن المحكمة [٢].

وقد تكفلت المادة ٥٩ من المرسوم بقانون ببيان الجزاءات التى تضمن إعمال الإشراف والرقابة على القاصر المأذون بــالإدارة ،

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ١٥٦ .

(٢) محمد كمال حمدى ص ١٥٧ .

فنصت على أن :

" إذا قصر المأذون له فى الإدارة فى تنفيذ ما قضت به المـادة السابقة أو أساء التصرف فى إدارته بأن قامت أسباب يخشى معهـا من بقاء الأموال فى يده جاز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء علـى طلب النيابة العامة أو أحد ذوى الشأن أن تحد من الإذن أو تسـلب القاصر إياه بعد سماع أقواله .

(ب) الإذن للقاصر بالاتجار :

٢٢٧ – المقصود بالإذن بالإتجار:

تنص المادة ٥٧ من المرسوم بقانون رقـم ١١٩ لسـنة ١٩٥٢ على أنه : " لايجوز للقاصر سـواء كـان مشـمولا بالولايـة أو بالوصاية أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة عشـرة مـن عمـره وأذنتـه المحكمة فى ذلك إذنا مطلقا أو مقيدا " .

فالإذن من الولى أو من المحكمـة للقاصـر بـإدارة الأمـوال لاينطوى على ترخيص بالاتجار ، لأن مزاولة التجارة لاتعتبر مـن قبيل أعمال الإدارة ، فضلا عن أنها تستتبع مسئوليات جسيمة قـد تودى بالمال بأسره [١].

وقد قصد من الإذن للقاصر الذى بلغ الثامنة عشرة من العمـر

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

بالاتجار تدريب القاصر على الاتجار متى كان يعد نفسه للاشتغال بالتجارة بعد البلوغ .

والإذن بالاتجار – على خلاف الإذن بالإدارة – لايجوز أن يصدر من الولى . بل يجب أن يصدر دائما من المحكمة ، سواء كان القاصر مشمولا بالوصاية أو الولاية [١].

وإذن المحكمة بالاتجار قد يكون مطلقا أو مقيدا ، وفى الحالة الأولى يكون عاما وفى الثانية يكون معتدا بنوع معين من التجارة أو محل تجارى منفرد [٢].

٢٢٨ ـ أهلية القاصر المأذون بالاتجار :

بمقتضى الإذن بالتجارة يصبح القاصر أهلا للقيام بجميع الأعمال التجارية التى أذن بمباشرتها وله القيام بالأعمال الأخرى اللازمة لمباشرة تجارته فله أن يبيع ويشترى ويقرض ويقترض ويقاضى ويقاضى . ويتصالح ويحتكم ويسرى التقادم فى مواجهته ويحرم من الإفادة من قواعد الغبن المقررة لمصلحة القاصر. كما أنه إذا احترف القيام بالأعمال التجارية فإنه يكتسب صفة التاجر فيمكن شهر إفلاسه .

فالقاصر المأذون له بالتجارة يكون على هذا النحو كامل الأهلية

---

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ١٥٧ .

(٣) المستشار كمال حمدى ص ١٦٠ .

فيما يتعلق بالأعمال المتعلقة بالتجارة التى أذن بمباشـرتها إلا أنـه يظل قاصرا بالنسبة لما عداها من أعمال مادام لـم يبلـغ الحاديـة والعشرين وتحكمه قواعد القانون المدنى .

أما إذا باشر القاصر البالغ من العمر ثمانى عشرة سنة التجارة بدون إذن المحكمة فتصرفاته القانونية تقع باطلة بطلانا نسبيا فيكون للقاصر وحده التمسك بالبطلان ولو لم يقع عليه غبن مـن العمـل الذى أجراه .

والمحكمة المختصة بنظر طلب البطلان هى المحكمة المدنيـة وليست المحكمة التجارية إذ لايكسب القاصر غير المـأذون صـفة التاجر ولاتعتبر الأعمال التى يقوم بها تجارية [١].

٢٢٩ ـ سلب الإذن والحد منه :

يطبق فى شأن القاصر المأذون بالتجارة نص المادتين ٥٨، ٥٩ من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاصين بالقاصر المـأذون بالإدارة، فعلى القاصر المأذون بالتجارة تقديم حساب سـنوى عـن تجارته ، وإذا قصر فى ذلك أو أساء التصرف أو قامـت أسـباب تدعو إلى احتمال الضرر جاز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العامة أو أحد ذوى الشأن أن تحد من الإذن أو تسـلب القاصر إياه . وإنه وإن كان نص المادتين ٥٨ ، ٥٩ من المرسـوم

---

(١) المستشار كمال حمدى ص ١٦١ وهامش (٢) .

بقانون قد أشار إلى القاصر المأذون بـالإدارة فقـط دون القاصـر المأذون بالتجارة إلا أن ما ورد من قيود أو ما فرضه القانون مـن التزامات على القاصر المأذون بالإدارة تسرى كلها على القاصـر المأذون بالتجارة من باب أولى نظرا لخطورة الأعمال التجارية (١).

٢٣٠ ـ حق القاصر فى الوصية بإذن محكمة الأسرة :

تقضى المادة الخامسة من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بإصدار قانون الوصية بأن : " يشترط فى الموصى أن يكون أهلا للتبـرع قانونا ، على أنه إذا كان محجورا عليه لسفه أوغفلة أو بلـغ مـن العمر ثمانى عشرة سنة شمسية جـازت وصـيته بـإذن المجلـس الحسبى (محكمة الأسرة الآن) " .

فالوصية وإن كانت من الأعمال الضـارة بالموصـى ضـررا محضا . ومن مقتضى القاعدة التى تضمنتها المادة ١١١/١ مـدنى والتى تقضى ببطلان تصرفات الصبى المميز متى كانت ضارة به ضررا محضا ، أن تقع وصية الصبى المميز باطلة . ولكن قـانون الوصية قرر استثناءها من هذا الحكم قاضيا بصـحتها بشـرط إذن المحكمة(٢) (محكمة الأسرة الآن) .

---

(١) المستشار كمال حمدى ص ١٦١ ومابعدها .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى فى نظريـة العقـد والإرادة المنفـردة ص ٢٥٣ وهامش (٢) ومابعدها- الدكتور محمد عبد الوهـاب خفـاجى مبـادئ القانون الطبعة الأولى ١٩٩٧/١٩٩٨ ص ٢٤٤.

٢٣١ ـ قابلية التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر للإبطال لمصلحة القاصر :

تنص الفقرة الثانية من المادة (١١١) على أن : " أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر ... الخ ".

وعلى ذلك فالتصرف الذى يأتيه القاصر لايكون باطلا وإنما قابلا للإبطال . والفارق كبير بين التصرف الباطل والقابل للإبطال.

وتمشيا مع الفارق الكبير هذا جرى لسان المشرع فى القانون المدنى على القول بأن التصرف باطل إذا أراد أن يكون بطلانه مطلقا وعلى القول بأنه قابل للإبطال إذا شاء أن يكون بطلانه بطلانا نسبيا .

فالتصرف الباطل بطلانا مطلقا يعتبر معدوما لا وجود له . ومثله التصرف الذى يجريه الصبى غير المميز- كما ذكرنا سلفا- أما التصرف الباطل بطلانا نسبيا ، فلا يعتبر معدوما بل صحيحا، كل ما فى الأمر أنه قابل للإبطال ، ويظل هكذا إلى أن يصحح نهائيا بزوال سبب الإبطال ، أو يحكم ببطلانه ، فإذا حكم ببطلانه استحال عدما من وقت إبرامه واعتبر أنه لم يقم أصلا ، أى أنه يأخذ هنا حكم التصرف الباطل بطلانا مطلقا .

وقابلية العقد للإبطال هنا يكون لمصلحة القاصر ، لأن البطلان

تقرر لحمايته . أما المتعاقد الآخر كالمشترى فى عقد البيع فلا يحق له أن يتمسك بالبطلان ، وكـذلك لايصـح للمحكمـة أن تقضـى بالبطلان من تلقاء نفسها [١].

والذى يطلب البطلان هنا هو الولى أو الوصى على القاصر .

أما قبل الحكم بالبطلان ، فإن التصرف يظل صحيحا منتجا لكل آثاره . ولايبطل التصرف إلا بحكم من القاضى أو بالتراضى عليه. وعلى ذلك فلا يكفى لإبطال العقد الذى عقده ناقص الأهلية أن يعلن القاصر من جانبه أو أن يعلن وليه ، البطلان أو رفض الإجـازة ، كما لايبطل العقد لرفض المحكمة إجازته. وكانت الفقرة الثانية مـن المادة ١٤٢ من مشروع القانون المدنى تنص على أنه : " يكفـى لإبطال العقد بسبب نقص الأهلية إعلان المتعاقد الآخر بذلك إعلانا رسميا يبين فيه سبب البطلان وأدلته ، فإذا تم الإعلان علـى هـذا الوجه اعتبر العقد باطلا من وقت صدوره ".

إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذفت هذا الـنص، توخيا لتعميم القواعد المتعلقة بطلب الإبطال ، وتجنبا لما يحتمل أن ينشأ عن النص المقترح من صعوبات عملية [٢].

---

(١) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى نظرية الحق ١٩٥٧ ص ١١٧ ومابعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٢٣٥ ومابعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الإجازة تصرف قانونى يتضمن إسقاطا لحق فلا يملكها من كان ناقص الأهلية ، وإذن فمتى كان الحكم إذ اعتبر إجازة القاصر للبيع الصادر منه منعدمة الأثر قانونا قد أقام قضاءه على أن هذه الإجازة إنما صدرت من القاصر بعد قرار المجلس الحسبى باستمرار الوصاية عليه ، فإن النعى على الحكم الخطأ فى تطبيق القانون يكون غير صحيح . ولا محل للتحدى بعدم نشر قرار استمرار الوصاية فى الجريدة الرسمية وفقا لما كانت تقضى به المادة ٣٠ من اللائحة التنفيذية لقانون المجالس الحسبية ، إذ ليس من شأن إغفال النشر أن يكون لمن صدرت لمصلحته الإجازة أن يدعى صحتها : أولاً : لأن الإجازة، وهى إسقاط لحق تصرف من جانب واحد لايشارك فيه الغير فليس له التحدى بنصوص يدعى أنها وضعت لحماية الغير فى التعامل . ثانيا: لأن قرارات المجالس الحسبية الصادرة فى ظل المرسوم بقانون الصادر فى ١٣ من أكتوبر سنة ١٩٢٥ بالحجر أو باستمرار الوصاية تحد من أهلية المحجور بمجرد صدورها ولايتراخى هذا الأثر قبل الغير حتى يقوم الوصى أو القيم بنشر القرار فى الجريدة الرسمية وفقا لما يفرضه نص المادة ٣٠ من القرار الوزارى الصادر فى ٢٤ من

نوفمبر سنة ١٩٢٥ " .

(طعن رقم ١٩٧ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٥/٢/١)

٢- " متى كانت التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر مثل التصرف بالبيع قابلة للإبطال لمصلحة القاصر كما هو حكم المادة ١١١ من القانون المدنى فإن للقاصر فى حال حياته أن يباشر طلب الإبطال بواسطة من يمثله قانونا كما أن هذا الحق ينتقل بعد وفاته لوارثه بوصفه خلفا عاما له يحل محل سلفه فى كل ماله وما عليه فتؤول إليه جميع الحقوق التى كانت لسلفه وإذا كان موضوع طلب الإبطال تصرفا ماليا فإنه بهذا الوصف لايكون حقا شخصيا محضا متعلقا بشخص القاصر بحيث يمتنع على الخلف العام مباشرته " .

(طعن رقم ٤٢ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٨/٢/٢٧)

٣- " عقد القسمة من العقود التبادلية التى تتقابل فيها الحقوق ومن التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ومن ثم فإذا كان أحد أطرافها قاصرا فإن عقد القسمة يكون قابلا للإبطال لمصلحته ويزول حق التمسك بالإبطال بإجازته التصرف بعد بلوغه سن الرشد " .

(طعن رقم ٤٤٩ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٥/٣)

٤- " النص فى المادتين ٦٢ ، ٦٤ من القانون رقم ١١٩ لسنة

١٩٥٢ وفى الفقرة الثانية من المادة ١١١ من القانون المدنى يـدل على أن القاصر المأذون يعتبر كامل الأهلية فيما أذن فيـه . أمـا التصرفات التى لم يؤذن فيها فإنها تكون قابلة للإبطـال لمصـلحته متى كانت دائرة بين النفع والضرر " .

(طعن رقم ٢٠٦ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٨٠/٣/٤)

٥- (أ)- " ثبوت القصر عند التعاقد كاف لقبول دعوى الإبطال ولو تجرد التصرف الدائر بين النفع والضرر من أى غبن مهما كان مقدار إفادة القاصر منه ولو لم يعلن القاصر قصره للمتعاقد الآخـر أو أخفى حالته عنه أو ادعى كذبا بلوغه سن الرشد وسواء كان هذا المتعاقد يعلم بحالة القصر أو يجهلها " .

(ب)- إجازة التعاقد الباطل باعتبارها تصرفا قانونيـا يتضـمن إسقاطا للحق لايملكها ناقص الأهلية " .

(طعن رقم ٤٢٩ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/٣/١٢)

٢٣٢ ـ إجازة التصرف القابل للإبطال :

يزول حق القاصر فى طلب إبطال العقد ، إذا أجاز وليـه هـذا التصرف إذا كان يملك إجراء هذا التصرف قانونا ، أو إذا أجازتـه المحكمة إذا كان مما يلزم موافقتها عليه ، أو القاصر نفسـه بعـد بلوغه سن الرشد . على أن طلب القاصر البطلان يسـقط إذا لـم يرفع الدعوى بطلبه خلال الثلاث السنوات التالية لبلوغه سن الرشد

(م١٤٠ مدنى).

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

١- " إجازة القاصر بعد بلوغه تصرفا أجراه الوصى . النعـى بأن الوصى باشره ولا يملكه نص غير منتج " .

(طعن رقم ١٢٣ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/١٢/٢)

٢- " إجراء القسمة بالتراضى جائز ولو كان بين الشركاء مـن هو ناقص الأهلية ضرورة حصول الوصى أو القيم على إذن بـذلك من الجهة القضائية المختصة وتصديقها على عقد القسمة بعد تمامه حتى ينفذ فى حق ناقص الأهلية . إغفال ذلك يستتبع البطلان بطلان نسبى شرع لمصلحة ناقص الأهلية. له عند بلوغه سن الرشـد إن كان قاصرا أو رفع الحجر عنه إن كان محجورا عليه التنازل عـن التمسك بهذا البطلان وإجازة القسمة " .

(طعن رقم ١٩٠ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/١/٢٣)

٣- "إبرام الوصية لعقد مقايضة دون إذن المحكمـة الحسـبية اعتباره باطلاً بطلاناً نسبياً يصح بإجازة القاصر بعد بلوغـه سـن الرشد ورد الإجازة إلى التاريخ الذي تم قيد العقـد صـحيح فـي القانون".

(طعن رقم ١٠٧ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/١/٢١)

مـادة (١١٣)

المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة ، وترفع الحجر عنهم ، وفقا للقواعد وللإجـراءات المقـررة فـى القانون.

الشـرح

٢٣٣ ـ المقصود بالحجر :

الحجر بمعناه القانونى هو منع الشخص من التصرف فى مالـه وإدارته لآفة فى عقله أو لضعف فى ملكاته النفسية .

وقد أوجبت المادة توقيع الحجر على المجنون والمعتوه والسفيه وذى الغفلة .

والحجر على هؤلاء يستهدف مصلحة خاصة ومصـالح عامـة ترجع كلها إلا حفظ مال من لايستطيع المحافظة على ماله ، وذلك بتعيين قيم يدير ماله تحت إشراف محكمة الأسرة .

وقد عرفت محكمة النقض طلب الحجر بأنه :

"طلب الحجر لعارض من عوارض الأهلية يستهدف مصـلحة خاصة ومصالح عامة ترجع كلها إلى حفظ مـال مـن لايسـتطيع المحافظة على ماله فهو بهذه المثابة طلب شخصي لصيق بإنسـان على قيد الحياة وهو المطلوب الحجر عليه أو تستدعى حالته اتخـاذ

تدابير معينة لحمايته من نفسه ومن الغير وذلك بفرض القوامة عليه وإخضاعه لإشراف محكمة الولاية على المال بإجراءات توجه إلى شخص المطلوب الحجر عليه ولذلك ناطت المادة ٩٦٩ من قانون المرافعات بالنيابة العامة رعاية مصالحه والتحفظ على أمواله والإشراف على إدارتها ... لما كان ذلك فإن الحكم الذى يصدر فى دعوى الحجر من محكمة الولاية على المال تكون له حجته مطلقة قبل الكافة " .

(طعن رقم ٢٠٥١ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٣/٦/٣٠)

٢٣٤ ـ ضرورة وجود مال للمطلوب الحجر عليه :

الهدف من توقيع الحجر هو المحافظة على مال عديم الأهلية "المجنون والمعتوه" أو ناقص الأهلية " السفيه وذى الغفلة " فحيث لايوجد مال للشخص المطلوب الحجر عليه فلا محل لتوقيع الحجر عليه لانتفاء العلة الداعية إليه .

وكانت المادة ٩٨٧ مرافعات (الملغاة) تقضى بعدم تعيين قيم على المحجور عليه إذا لم يتجاوز مال الشخص المطلوب حمايته خمسين جنيها أو مائة جنيه فى حالة التعدد إلا إذا دعت الضرورة لذلك . ويكتفى بتسليم المال لمن يقوم على شئونه . فإذا جاوزت قيمة المال هذا القدر فيما بعد اتخذت الإجراءات المذكورة.

أما المادة ٣٥ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ فتنص على أنه:
" لايلزم اتباع الإجراءات المنصوص عليها فى المادتين السابقتين إذا لم يتجاوز مال المطلوب حمايته ثلاثة آلاف جنيه ، تتعدد بتعددهم ، وفى هذه الحالة تسلم النيابة العامة المال إلى من يقوم على شئونه ما لم تر النيابة العامة اتباع الإجراءات المشار إليها بالضوابط والأوضاع المقررة بهاتين المادتين " .

وليس ضمن الإجراءات الواردة بالمادتين ٣٣ ، ٣٤ المشار إليهما تعيين قيم على المحجور عليه . ومن ثم فإنه يجب الآن تعيين قيم على المحجور عليه أيا كان مقدار ماله .

٢٣٥ ـ توقيع الحجر ورفعه يكون بحكم :

تنص المادة على أن المجنون والمعتوه وذا الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة وترفع الحجر عنهم .

وتنص المادة ٦٥ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ علىأن يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعته أو للسفه أو للغفلة. ولايرفع الحجر إلا بحكم .

والمستفاد من هذين النصين أن الحجر وكذلك رفع الحجر لايكون إلا بحكم من المحكمة المختصة[1] باعتباره حالة قانونية

---

(١) وقد جاء بملحق تقرير تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ أنه :
" اقترح فى المادة ١١٣ إضافة عبارة " وترفع الحجر عنهم " بعد =

حادثة تنشأ على خلاف الأصل [١].

وهذا على خلاف ما هو مقرر فى الفقه الإسلامى من أن الحجر يكون بقيام موجبه ، ورفعه يكون بزوال هذا الموجب دون صدور حكم بذلك .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" النص فى المادة ٦٥ من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أنه " يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعته أو للسفه أو للغفلة ، ولا يرفع الحجر إلا بحكم ... " يدل على أن المشرع ذهب إلى أن توقيع الحجر ورفعه لا يكون إلا بمقتضى حكم ، خلافا لما تواضع عليه فقهاء الشرع الإسلامى من أن الحجر يكون بقيام بموجبه ، ورفعه يكون بزوال هذا الموجب دون حاجة إلى صدور حكم به ، مما مؤداه أن نشوء الحالة القانونية المترتبة على توقيع الحجر أو رفعه يتوقف على صدور الحكم بهما .

= عبارة " تحجر المحكمة عليهم " لاستظهار معنى أن الحجر لايرفع إلا بحكم . وقد نص قانون المحاكم الحسبية صراحة على ذلك – وقد وافقت اللجنة على الأخذ بهذا الاقتراح حتى تكون القواعد الموضوعية الخاصة بالحجر كاملة فى التقنين المدنى" .

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ١٢١)

(١) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه علـــى أن "مبنى الالتماس صدور حكم بتوقيع الحجر علـــى المحكـــوم ضـــده وتعيين الملتمس قيماً عليه لفقدانه الأهلية إلى ما قبل بدء الخصومة القضائية فى الدعاوى الثلاثة الملتمس إعادة النظر فيها وأن فقـــدان المحكوم ضده أهليته لم يكن إلا بـــالحكم الصـــادر فـــى الـــدعوى ٢١٩/ب لسنة ١٩٧٩ كلى أحوال شخصية القاهرة واعتبـــارا مـــن تاريخ صدوره فى ١٩٧٩/١٢/١٥ طالما لم يحدد الحكـــم تاريخـــا معينا لفقدانه أهليته " . ولما كان الثابت من الأوراق ومن الرجـــوع إلى الحكم الصادر من محكمة القاهرة الابتدائية للأحوال الشخصية بتاريخ ١٩٧٩/١٢/١٥ – المودعة صورته الرسمية – أنه قضـــى بتوقيع الحجر على (....) لإصابته بالعته أخـــذا بتقريـــر الطبيـــب المنتدب لفحص حالته وأنه لم يحدد فى منطوقه أو بأسبابه التى أقام عليها قضاءه ميقاتا معينا أرجع فيه قيام عارض الأهلية بـــالمحجور عليه ولم يرد حالة العته التى اعترته إلى تاريخ بعينه من التـــواريخ العديدة التى رددها الطبيب وأوردها فى تقريره بشأن مرضه ، فإن هذا الحكم لايكون قد قطع بقيام حالة العته لدى هذا الشـــخص فـــى تاريخ سابق على قضائه بتوقيع الحجر عليه ومن ثم فلا يعد فاقـــدا لأهليته إلا من وقت صدوره ، هذا إلى أنه فيما يتعلق بحالة الإنسان وأهليته فيعتبر من الأحكام المنشئة التى لاتنســـحب آثارهـــا علـــى

الوقائع السابقة عليه " .

(طعن رقم ١٩٠٩ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٩٢/٢/٢٣)

٢٣٦ـ تقديم طلب الحجر :

يقدم طلب الحجر إلى النيابة العامة (نيابة شئون الأسـرة) أو إلى المحكمة المختصة .

وتنص المادة الرابعة من قرار النائب العام رقـم ١٥٦٩ لسـنة ٢٠٠٤ بشأن تحديد اختصاصات نيابة شئون الأسرة على اختصاص النيابات الجزئية لشئون الأسرة- كل فى دائرة اختصاص محكمـة الأسرة بمباشرة التحقيق فى مواد الحجر عدا ما ترى النيابة الكليـة لشئون الأسرة الاختصاص به [1].

وفى حالة تقديم طلب الحجر إلى المحكمة المختصة يجـب أن يشتمل الطلب المرفوع على البيانات التى يتطلبها قانون المرافعات فى صحيفة الدعوى وأن يرفق به المستندات المؤيدة لـه ، وعلـى المحكمة أن تحيله إلى النيابة العامة لإبداء ملاحظاتها عليـه كتابـة خلال ميعاد تحدده لذلك ... الخ "[2] .

(م٣٦ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠) .

والغالب الأعم فى التطبيق العملي أن يقدم طلب الحجـر إلى

---

(١) راجع تعليمات النائب العام بشأن تطبيق أحكام قـانون إنشـاء محـاكم الأسرة الصادر بالقانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤ ص ٢١ .

(٢) المستشار محمد كمال حمدى ص ٢٠٣ .

النيابة العامة ، وتعزز المادة ٣٢ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ هذا الاتجاه بنصها على أن : " تقيد النيابة العامة طلبـات الحجـر والمساعدة القضائية " .

وحتى يتيسر للنيابة العامة اتخاذ إجراءات توقيع الحجر ، نصت المادة ٢٧ من القانون المذكور على أنه : " على الأقـارب الـذين كانوا يقيمون مع المتوفى فى معيشة واحدة أو أكبر الراشدين مـن الورثة إبلاغ النيابة العامة بواقعة وفاة شخص غائب أو عديم أهلية أوناقصها أو حمل مستكن، أو وفاة الولى أو الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب خلال ثلاثة أيام من تاريخ حصول الوفاة ... الخ".

كما نصت المادة ٢٨ على أنه : " علـى الأطبـاء المعـالجين ومديرى المستشفيات والمصحات على حسب الأحوال إبلاغ النيابة العامة عن حالات فقد الأهلية الناشئة عن عاهة عقلية بمجرد ثبوت ذلك لديهم .

وعلى المختصين بالسلطات الإدارية إبلاغ النيابة العامة متـى تبين لهم أثناء تأدية عملهم حالة من حالات فقد الأهلية على النحـو المشار إليه بالفقرة السابقة".

وقد رصدت المادة (٣٠) من القانون عقوبة على مخالفة أحكام المادتين سالفتى الذكر هى الغرامة التى لاتقل عن خمسـين جنيهـا ولاتجاوز مائة جنيه ، فإذا كان عدم التبليغ بقصد الإضرار بعـديم

الأهلية أو ناقصها أو الغائب أو غيرهم من ذوى الشأن تكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لاتقل عن مائه جنيـة ولاتجاوز ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين " .

وقد نصت المادة (٣٦) على أن : " يرفع الطلب إلى المحكمة المختصة من النيابة العامة أو ذوى الشأن " .

وعبارة " ذوى الشأن " تشمل كل من يهمه أمر المطلوب الحجر عليه أو يعود عليه الضرر ببقائه غير محجور عليه ، ومثل ذلك الأقارب مهما كانت درجات الإرث والأصهار والدائنين .

ويلاحظ أن تنازل طالب الحجر عن طلبه لايمنع المحكمة من مواصلة نظر الطلب فهى غير مقيدة بهذا التنازل ، كما أنه من ناحية أخرى يتعلق للنيابة حق بهذا الطلب وتباشره طبقا لوظيفتها طبقا للمادة ٢٦ من القانون سالف الذكر التى تجرى على أن : "تتولى النيابة العامة رعاية مصالح عديمى الأهلية وناقصيها والغائبين والتحفظ على أموالهم والإشراف على إدارتها وفقا لأحكام هذا القانون .... الخ " .

٢٣٧ـ المحكمة المختصة بتوقيع الحجر :

تختص نوعيا بتوقيع الحجر محكمة الأسرة دون غيرها (م٣ من القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ بإنشاء محاكم الأسرة) .

وتختص محليا المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المطلـــوب الحجر عليه فإذا لم يكن له موطن فى مصر ينعقـــد الاختصـــاص للمحكمة الكائن فى دائرتها موطن الطالب أو التى يوجد فى دائرتها مال للشخص المطلوب حمايته (م١٥ من القانون المذكور) .

وإذا توفى المطلوب الحجر عليه أثناء نظر طلب الحجر ، أدى ذلك إلى زوال ولاية المحكمة وتعين عليها أن تحكم بانتهاء الطلب .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" مؤدى نصوص المواد ٤٧ من القانون المدنى و ٤٧، ٧٨ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المـــال و ٩٧٠ من الكتاب الرابع من قانون المرافعات المضـــاف بالقـــانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ والواردة فى بـــاب الإجـــراءات الخاصـــة بالولاية على المال مجتمعة أنه إذا مات المطلوب الحجر عليه قبـــل صدور حكم فى الطلب المقدم فإنه ينتهى الحق فيه وتـــزول ولايـــة محكمة الحجر بنظره لهلاك الشخص المـــراد إخضـــاعه للحجـــر والقوامه تبعا لاستحالة أن يقضى بعد الموت بقيـــد ينصـــب علـــى شخص المطلوب الحجر عليه وبالتحفظ على ماله .

يؤيد هذا النظر أن المشرع بموجب المادة ٧٨ مـــن المرســـوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ السالفة الإشـــارة أجـــرى الأحكـــام

المقررة فى شأن الوصاية على القصر على القوامة ، وقصد بـذلك – وعلى ما جاء بالمـذكرة الإيضـاحية – أن القواعـد الخاصـة بالوصاية تسرى على القوامة بالقدر الذى تتلائم فى حدود أحكامهـا مع طبيعتها ، مما مفاده أنه إذا توفى المطلوب الحجر عليـه فقـد طلب الحجر محله وموضوعه واستحال قانونا أن تمضى المحكمـة فى نظره ، وأكد المشرع هذا المعنى فى المادة ٩٧٠ مـن قـانون المرافعات الآنفة الذكر باستبعاده اتباع الإجراءات والأحكام الخاصة بالولاية على المال ومنها توقيع الحجـر ورفعـه وتعيـين القامـة ومراجعة أعمالهم وحساباتهم إذا انتهت الولاية على المال فيما عدا حالتى الفصل فى الحساب السابق تقديمه للمحكمة وتسليم الأمـوال لورثة ناقصى الأهلية أو عديميها اعتبارا بأن الولاية مشروطة بقيام موجبها فإذا انعـدم المؤجـب زالـت الولايـة وأوردت المـذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات تعليقا على تلك المادة " وأوردت المادة ٩٧٠ قاعدة عامة فى مدى تطبيق أحكام هذا الباب من حيث الزمن على أنه إذا انتهت الولاية القضائية على المال لأى سبب من أسباب انتهائها كعودة الأب إلى ولايته أو زوال سبب عدم الأهلية أو وفـاة عديم الأهلية أو عودة الغائب أو ثبوت موته ، لا تتبع الإجـراءات المذكورة إلا فى تسليم الأموال من النائب عن عديم الأهلية أو وكيل الغائب وفى الفصل فى الحساب المقدم للمحكمة فعلا أما ما عدا ذلك

من المسائل ولو اتصل بإدارة الأموال فتتبــع فــى الــدعوى بــه الإجراءات العادية ويخضع لقواعد الاختصاص العامة " مما مــؤداه أنه يستحيل على المحكمة أن تأمر بتعيين قيم على شــخص لــيس على قيد الحياة لتنافر ذلك مع طبيعة الحجر ذاته ، أو أن تعهد إليــه بتسليم أمواله أو تولى إدارتها وحفظها لأن الموت لايبقى له علــى مال بعد أن انتقل بمجرد الوفاة وبقوة القانون للوارث أو للموصى له فينقضى بالتالى الطلب المقدم بالحجر ويصبح بسبب المــوت غيــر ذى موضوع . ولايحول دون الحكم بانتهاء طلــب الحجــر ســبق تسجيله لأن الحكمة من تسجيل هذا الطلب وفق المادة ١٠٢٦ مــن قانون المرافعات – وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضــاحية – هى حماية الغير ممن يتعاقد مع المطلوب الحجر عليه، ولم يجعــل التسجيل وجوبيا بل ترك التقدير لقاضى الأمور الوقتية متى تحقــق من جدية الطلب خشية إساءة استعماله مع ما يترتب عليه من آثار خطيرة فى سير أعمال من قدم ضده طلب الحجر ، الأمــر الــذى لاتستلزم استمرار محكمة الولاية على المال فى نظر طلب الحجــر بعد وفاة المطلوب الحجر عليه " .

(طعن رقم ١٣ لسنة ٤٥ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٦/٦/١٦)

غير أن محكمة النقض ذهبت إلى أن وفاة المطلوب الحجر عليه بعد أن تهيأت الدعوى للحكم أمام محكمة النقض لاتأثير لها ويجــب

الحكم فى الدعوى .

إذ قضت بـأن :

" إن وفاة أحد طرفى الخصومة بعد أن تكون الدعوى قد تهيأت للحكم فى موضوعها لايمنع على ما تقضى به المادة ٣٩٥ مرافعات من الحكم فى موضوعها على موجب الأقوال والطلبات الختاميـــة . وتعتبر الدعوى مهيأة للحكم أمام محكمة الــنقض علـــى مقتضـــى المادتين ٢٩٦، ٤٤١ مرافعات بعد استيفاء جميع إجراءات الدعوى من إيداع المذكرات وتبادلها بين الطرفين . فـــإذا كـــان المطلـــوب الحجر عليه قد توفى بعد تمام ذلك أمام محكمة النقض فـــلا تـــأثير لوفاته فى نظر الطعن فى الحكم الصادر برفض طلب الحجر " .

(طعن رقم ٥ لسنة ٢٧ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٥٨/٥/١٥)

٢٣٨ ـ إثبـات الجنـون والعتــه :

الغالب فى إثبات الجنون أو العته ، هـــو الاســـتعانة بالطبيـــب الشرعى لفحص حالة المطلوب الحجر عليه .

غير أن هذه المأمورية يتعين أن تكون بقرار من المحكمة ، فلا تملك النيابة إذا رأت بعد ما تجريه من تحقيقات ضرورة إبداء خبير فنى لرأيه انتداب الطبيب الشرعى لبيان حالة المطلوب الحجر عليه العقلية ، وإنما ترفع الأمر إلى المحكمة مشفوعا برأيها هذا . علـــى

أن رأى الطبيب الشرعى غير ملزم للمحكمة ، إذ هو مجرد خبير فى الدعوى [١].

ويلاحظ فى هذا الشأن ما تقضى به المادة ٢٠ من القانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٤٤ بشأن حجز المصابين بأمراض عقلية من إلزام مدير المستشفى أن يبلغ النيابة عن حجز كل مريض فى مدى يومين من تاريخ دخوله المستشفى لتتخذ الوسائل اللازمة لحفظ أمواله . وعلى النيابة تتبع قرار مجلس المراقبة بشأن حالة المريض.

وللنيابة أو المحكمة مناقشة المطلوب الحجر عليه لاستبانة حالته العقلية بمدى إلمامه بالمعلومات العامة البسيطة التى يعرفها كل شخص وكذلك العمليات الحسابية البسيطة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "المحكمة ليست ملزمة بإجابة طلب طالب الحجر ندب طبيب آخر لتوقيع الكشف الطبى على المطلوب الحجر عليه والاطلاع على التقارير الطبية السابقة وإبداء رأيه فيها متى كونت اقتناعها فى الدعوى من واقع الأوراق المقدمة فيها وبذا لا يكون فى

---

(١) المستشار أحمد كمال حمدى الولاية على المال الجزء الثانى الاختصاص والإجراءات ١٩٦٧ ص ١٢٥ ومابعدها .

رفض الحكم لهذا الطلب إخلالاً بحق له فى الدفاع " .

(طعن رقم ٥ لسنة ٢٧ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٥٨/٥/١٥)

٢- " إنه وإن كانت المادة ٩٨٠ من قانون المرافعات المضافة بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ والسارية وقت رفع الدعوى. والتى حلت محل المادة ٦٤ من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ تضع علـى عاتق مديرى المستشفيات والمصحات والأطباء المعـالجين إبـلاغ النيابة العامة عن حالات فقد الأهلية الناشئة عن عاهة عقليـة ، إلا أن المشرع - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لم يقصـد بتلك المادة التزام طريق معين لإثبات قيام حالـة العتـه ، وإنمـا استهدف فيها مجرد إجراءات تنظيمية واجبة الاتبـاع قبـل توقيـع الحجر، ورتب على مخالفتها جزاء جنائيا نص عليه فى المادة ٩٨٢ من ذات القانون .وإذ كان الحكم المطعون فيه قد استند إلى الشهادة الطبية باعتبارها ورقة صادرة أحد الفنيين ، ومؤيدة بما جرى على لسان الشهود من أن المورثة قد امتدت بها الحياة حتـى تجـاوزت التسعين من عمرها ، وأنها كانت مصابة بعته شيخوخى . وكان من حق المحكمة أن تعتد على هذا الأساس بهذه الشهادة مادامـت قـد اطمأنت إليها بما لها من سلطة تامة فى تقدير الدليل ، فإن ما يثيره الطاعنون من عدم صحة هذه الشهادة أو إهدار قيمتها لعدم اتخـاذ

الإجراءات المشار إليها لاينطوى على فساد فى الاستدلال ".

(طعن رقم ٢٧٠ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/١/١٩)

٣- " الطبيب ليس هو الذى يعطى الوصف القانونى للحالة المرضية التى يشاهدها ، بل الشأن فى ذلك للقاضى الذى يملك أن يقيم قضاءه ببطلان العقود لعته المتصرف على ما يطمئن إليه من شهادة الشهود والقرائن ، ولو كانت مخالفة لرأى الطبيب ، إذ للقاضى مطلق الحق فى تقدير ما يدلى به الخبراء من آراء ".

(طعنان رقما ٥٣، ٥٧ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/١/١)

٤- " المحكمة ليست ملزمة بإجابة طالب الحجر بندب طبيب الأمراض العقلية لتوقيع الكشف الطبى على المطلوب الحجر عليها متى رأت فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها دون أن يعد ذلك إخلالا بحق الدفاع ، ذلك لأن تقدير قيام حالة العته هو مما يتعلق بفهم الواقع ، وإذا استخلصت المحكمة من أقوال الطاعنة – طالبة الحجر– ومن مناقشة المطعون عليها – المطلوب الحجر عليها– فى محضر تحقيق النيابة سلامة عقل المطعون عليها فإنها تكون قد أعملت سلطتها فى فهم هذا الواقع " .

(طعن رقم ٤ لسنة ٤٢ ق " أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٥/٥/٢٨)

وتقدير حالة الجنون أو العته هو مما يتعلق بفهم الواقع فى الدعوى فلا يخضع فيه قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض متى

كان استخلاصه فى ذلك سائغا .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " تقدير حالة العته لدى أحد المتعاقدين هو مما يتعلق بفهم الواقع فى الدعوى فلا يخضع فيه القاضى لرقابة محكمة النقض متى كان استخلاصه فى ذلك سائغا " .

(طعن رقم ٢٧٠ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/١/١٩)

٢- " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن تقدير حالة العته هو مما يتعلق بفهم الواقع فى الدعوى فلا يخضع فيه قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض متى كان استخلاصه فى ذلك سائغا" .

(طعنان رقما ٥٣، ٥٧ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/١/١)

٢٣٩ ـ إثبات السفه والغفلة :

يثبت السفه والغفلة من التحقيقات التى تجريها النيابة أو المحكمة، والتى تهدف إلى الوقوف على حالة المطلوب الحجر عليه.

ولايستدعى الأمر هنا توقيع الكشف الطبى على المطلوب الحجر عليه .

ويتعين القول بقيام السفه إذا ثبت تبذير المطلوب الحجر عليه المال على خلاف مقتضى العقل والشرع .

ومثال ذلك أن ينفق الشخص أمواله ويفنيها فى أمر تافة غير منتج بسبب شذوذ فى طباعه أو أن يبدد الشخص فى فترة وجيزة ميراث والده بحيث لايظهر له أثر حتى لو ادعى أنه إنما باع هذا الميراث ليدفع عن نفسه ديونا اقترضها فى حياة والده لأن الاستدانة الهائلة التى تستغرق قيمة تركة كبيرة قبل أن تكون له أية ثروة هى عين السبب الذى يقتضى الحجر على صاحبه .

وكذلك استدانة الشخص مالا طائلا لايتناسب مع إيراده يعد دليلاً على التبذير المحقق لمعنى السفه [1].

كما يجب القول بقيام الغفلة من ضعف بعض الملكات النفسية بالمطلوب الحجر عليه . ويستدل عليها بإقبال الشخص على التصرفات دون أن يهتدى إلى الرابح منها أو بقبوله فاحش الغبن فى تصرفاته عادة أو بأيسر الانخداع على نحو يهدد بخطر الضياع. فضابط الغفلة هو الغبن الذى يلحق بالشخص من جراء تصرفاته المالية التى يجريها إذا كان ذلك الغبن راجعا إلى ضعف فى ملكات حسن الإدارة وسلامة التقدير [2].

---

(١) المستشار محمد كمال حمدى ص ١٢٧ هامش (١) .

(١) المستشار محمد كمال حمدى ص ١٢٧ ومابعدها .

٢٤٠ ـ تعيين قيم على المحجور عليه :

تنص المادة ٦٥ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أن : " يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعته أو للسفه أو للغفلة ولايرفع الحجر إلا بحكم وتقيم المحكمة على من يحجر عليه قيما لإدارة أمواله وفقا للأحكام المقررة فى القانون ومن ثم فإنه يجب تعيين قيم لإدارة أموال المحجور عليه .

وتكون القوامة للإبن البالغ ثم للأب ثم للجد ثم لمن تختاره المحكمة (م٦٨ من المرسوم بقانون) .

وقد راعى الشارع صلة هؤلاء بالمحجور عليه وما يغلب فيهم من العناية بمصالحه . وقد قيد النص على هذا النحو سلطة المحكمة فى اختيار القيم إذ عليها أن تبدأ بالإبن .

ولفظ الإبن يشمل الإبنة أيضا ، وإذا تعدد الأبناء يفضل أصلحهم فإن تساوت صلاحيتهم يختار الأكفأ من بينهم فى مباشرة شئون القوامة أو من يرشحه أغلبيتهم .

فإذا لم يوجد ابن أووجد ولم تتوافر فيه شروط الصلاحية عهدت المحكمة بالقوامة إلى الأب ، فإن لم تتوافر فيه الشروط المطلوبة عهدت بها إلى الجد ، والمقصود هو الجد الصحيح . وفى حالة عدم وجود الجد أو عدم صلاحيته تعهد بالقوامة إلى من تختاره . ويرى البعض أنه يحسن فى هذا المجال الاعتداد باختيار المحجور عليه

لشخص القيم إذا ما توافرت فيمن يختاره شروط الصلاحية للقوامة[١].

٢٤١ ـ الشروط الواجب توافرها فى القيم :

تنص المادة ٦٩ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أن : " يشترط فى القيم ما يشترط فى الوصى وفقا للمادة ٢٧ ومع ذلك لايحول قيام أحد السببين المنصوص عليها فى البند ١، ٤ من المادة المذكورة دون تعيين الإبن أو الأب أو الجد إذا رأت المحكمة مصلحة فى ذلك " والمادة (٢٧) التى أحالت عليها المادة (٦٩) **تشترط فى الوصى توافر الشروط الآتية :**

الشرط الأول :

أن يكون عدلا .

الشرط الثانى :

أن يكون كفؤا . والمقصود بالكفاية أن يكون أهلا للقيام بشئون القاصر (أو المحجور عليه) [٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ) – " تنص المادة ٦٨ من قانون الولاية على المال الصادر

---

(١) المستشار محمد كمال حمدى الجزء الأول ص ٢٥٧ ومابعدها .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢.

بالمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أن تكـون القوامـة للإبن البالغ ثم للإب ثم للجد ثم لمن تختاره المحكمة، وتقضى المادة ٦٩ من هذا القانون بأنه يشترط فى القيم ما يشترط فى الوصى وفقا لما نصت عليه المادة ٢٧ ، ويتعين تطبيقا للفقرة الأولى مـن هـذه المادة الأخيرة أن يكون القيم عدلا كفؤا ذا أهلية كاملـة، والمفهـوم من اصطلاح الكفاية بشأن القيم – وعلى ما أفصحت عنه المـذكرة الإيضاحية للقانون بالنسبة للوصى – هو أن يكون أهلا للقيام على شئون المحجور عليه ، وتجيز الفقرة السابعة من المادة ٢٧ سـالفة الذكر إسناد القوامة إلى من يوجد بينه وبين المحجور عليـه نـزاع قضائى، إذا اتضح أن النزاع ليس من شأنه أن يعـرض مصـالحه للخطر ، وتوافرت فى هذا المرشح سائر أسباب الصلاحية " .

(طعن رقم ١٧ لسنة ٣٨ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٢/٣/٢٢)

(ب)– " اختيار من يصلح للقوامة فى حالة عدم وجود الإبن أو الأب أو الجد وهم أصحاب الأولوية فيها ، أو عدم صلاحية أحد من هؤلاء ، مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع التقديرية ، بلا رقابة عليه من محكمة النقض، متى أقام قضاءه على أسباب سائغة . لما كان ذلك وكانت محكمة الاستئناف قد اشترطت فيمن تختاره قيمـا على المحجور عليه ، الخبرة والتمرس بأعمال التجارة ، لأنه مـن المشتغلين بتجارة الأجهزة والأدوات الكهربائية ، ويمتلك عقارات ،

وهو شرط لا مخالفة فيه للقانون ، بل تطبيق لما تقضى به المـــادة ٢٧ التى أحالت إليها المادة ٦٩ من المرسوم بقانون سالف الــذكر من أن يكون القيم كفؤا ذا قدرة على إدارة شئون المحجور عليــه ، ثم رأت المحكمة فى حدود سلطتها التقديرية تنحية الطاعنـــة وهـــى زوجة المحجور عليه من القوامة ، لأنه لاتتوافر فيها الخبرة لإدارة محلاته واستغلال عقاراته وأن أسباب الصلاحية إنما تتــوافر فـــى خاله ، وكانت الاعتبارات التى استندت إليها المحكمة سائغة وتؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها ، فإن ما تنعاه الطاعنة على الحكــم ، لايعدو أن يكون جدلا موضوعيا لايجوز قبوله أمام محكمة النقض".

(طعن رقم ١٧ لسنة ٣٨ ق" أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٢/٣/٢٢)

الشرط الثالث :

أن يكون ذا أهلية كاملة .

وشرط كمال الأهلية يمنع من أن يعين قيما من لم يبلغ الحاديـــة والعشرين أو بلغها وتقرر استمرار الوصاية عليه قبل بل بلوغـــه هذا السن أو المحجور عليه وذلك لنقص أهليتهم .

وتلك هى القاعدة العامة فى صلاحية الوصى (أو القيم) للوصاية (أو القوامة) إلا أن المادة أوردت بعد ذلك تطبيقات لهذه القاعدة كلها على سبيل المثال ، وهى فى مجموعها قرائن قاطعـــة تحـــول دون

تولي الشخص الوصاية (أو القوامة) [1] فنصت على أنه: "ولايجوز بوجه خاص أن يعين وصيا " :

١- من حكم عليه فى جريمة من الجرائم المخلة بالآداب أو الماسة بالشرف أو النزاهة ومع ذلك إذا انقضت على تنفيذ العقوبة مدة تزيد على خمس سنوات جاز عند الضرورة التجاوز عن هذا الشرط .

إلا أن المادة (٦٩) نصت على أن ذلك لايحول دون تعيين الإبن أو الأب أو الجد قيما إذا رأت المحكمة مصلحة فى ذلك . فقد رؤى تخويل المحكمة هذه الرخصة لتباشرها فى ضوء ما يتبين من ظروف القيم فقد ترى أن الإبن أو الأب أو الجد أولى من غيره بالقوامة رغم سبق صدور حكم من الأحكام المشار إليها ، وقد ترى غير ذلك ، ومرجع الفصل هو ظروف كل حالة بخصوصها[2].

٢- من حكم عليه لجريمة كان تقتضى قانونا سلب ولايته على نفس القاصر لو أنه كان فى ولايته .

وهذه الجرائم نص عليها فى المرسوم بقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ بتقرير حالات سلب الولاية على النفس وهى :

(أ)- جريمة الاغتصاب أو هتك العرض أو جريمة مما نص

---

(١) المستشار محمد كمال حمدى ص ١١٠ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

عليه القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦١ فى شأن مكافحة الدعارة إذا وقعت الجريمة على أحد من تشملهم الولاية.

(ب) الحكم عليه لجناية وقعت على نفس أحد من تشملهم الولاية أو حكم عليه لجناية وقعت من هؤلاء .

(ج) الحكم عليه أكثر من مرة لجريمة مما نص عليه فى القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦١ فى شأن مكافحة الدعارة.

(م٢ من القانون).

وهناك بعض الجرائم التى يكون سلب الولاية على القاصر فيها جوازيا وهى :

(أ) إذا حكم على الولى بالسجن المؤبد أو السجن المشدد .

(ب) إذا حكم على الولى لجريمة اغتصاب أو هتك عرض أو لجريمة مما نص عليه القانون رقم (١٠) لسنة ١٩٦١ بشأن مكافحة الدعارة .

(ج) إذا حكم على الولى أكثر من مرة لجريمة تعريض الأطفال للخطر أو الحبس بغير وجه حق أو لاعتداء جسيم متى وقعت الجريمة على أحد من تشمله الولاية .

(د) إذا حكم بإيداع أحد المشمولين بالولاية دارا من دور الاستصلاح (إحدى مؤسسات الرعاية الاجتماعية) طبقا للقانون

رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ بإصدار قانون الطفل [١].

(هـ) إذا عرض الولى للخطر صحة أحد من تشملهم الولاية أو سلامته أو أخلاقه أو تربيته بسبب سوء المعاملة أو سوء القدوة نتيجة الاشتهار بفساد السيرة أو الإدمان على الشراب أو المخدرات أو بسبب عدم العناية أو التوجيه ولايشترط فى هذه الحالة أن يصدر ضد الولى حكم بسبب تلك الأفعال .

٣- من كان مشهورا بسوء السيرة أو من لم يكن لـه وسيلة مشروعة للتعيش .

وعدم اتخاذ وسيلة مشروعة للتعيش يجعل الشخص متشردا ويخضع للعقوبة المنصوص عليها بالمواد ١، ٢، ٣ من المرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٥ (المعدل) بشأن المتشردين والمشتبه فيهم [٢].

---

(١) وكانت الفقرة الرابعة من المادة (٣) كما وردت بالقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ تنص على أن : " إذا حكم بإيداع أحد المشمولين بالولاية من دور الاستصلاح وفقا للمادة ٦٧ من قانون العقوبات أو لنصوص قانون الأحداث المشردين ".

(٢) تنص المادة الثانية من المرسوم بقانون المشار إليه على أن :
"يعاقب على التشرد بالوضع تحت مراقبة البوليس (الشرطة) مدة لا عن ستة أشهر ولاتزيد على خمس سنوات .
وفى حالة العود تكون العقوبة الحبس والوضع تحت مراقبة البوليس

٤- المحكوم بإفلاسه إلى أن يحكم برد اعتباره .

وقد نصت المادة (٦٩) من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أن هذا السبب لايحول دون تعيين الإبن أو الأب أو الجد قيما إذا رأت المحكمة مصلحة فى ذلك . على نحو ما نصت بالنسبة للسبب الثانى .

٥- من سبق أن سلبت ولايته أو عزل من الوصاية على قاصر آخر .

ذلك أن الشخص إما أن يكون صالحا للوصاية أو غير صالح، فإذا كان القضاء قد حكم بسلب ولاية المرشح للوصاية أو عزله من الوصاية على قاصر آخر فلا يقبل بعد ذلك إقامته وصيا فمن لايصلح للوصاية على قاصر لايصلح على الوصاية على قاصر

= (الشرطة) مدة لاتقل عن سنة ولاتزيد على خمس سنوات ".

وتنص المادة الثالثة على أن :

"يجوز للقاضى بدلا من توقيع العقوبة المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة السابقة أن يصدر حكما غير قابل للطعن بإنذار المتشرد بأن بغير أحوال معيشته التى تجعله فى حالة تشرد .

فإذا عاد المحكوم عليه إلى حالة التشرد فى خلال الثلاث سنوات التالية وجب توقيع العقوبة المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة السابقة".

(راجع فى التفصيل مؤلفنا جرائم التشرد والاشتباه فقها وقضاء الطبعة الثانية ١٩٨٨ ص ١٠ وما بعدها) .

آخر .

على أن الحكم بالحد من الولاية أو وقف الوصى أو قبول تنحى ولى عن الولاية أو قبول استقالة وصى كل ذلك لايمنع من إقامته وصيا بعد ذلك على قاصر [1].

٦- من قرر الأب قبل وفاته حرمانه من التعيين متى بنى هذا الحرمان على أسباب قوية ترى المحكمة بعد تحقيقها أنها تبرر ذلك ويثبت الحرمان بورقة رسمية أو عرفية مصدق على إمضاء الأب فيها أو مكتوبة بخطه وموقعه بإمضائه .

٧- من كان بينه هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه وبين القاصر نزاع قضائى أو كان بينه وبين القاصر أو عائلته عداوة إذا كان يخشى من ذلك كله على مصلحته .

فإن كان لايخشى من وجود النزاع القضائى أو العداوة على مصلحة القاصر (أو القيم) فإن ذلك لايمنع من الوصاية (أو القوامة).

وعلة الحرمان فى هذه الحالة هى الإشفاق من تعريض مصلحة القاصر (أو القيم) للخطر بسبب تعارضها مع مصالح من يرشح للوصاية (أو القوامة) أو بسبب التثبت من أن قيام العداوة لايؤمن معه رعاية هذه المصلحة . فإن اتضح مثلا أن النزاع القضائى ليس من شأنه أن يعرض مصالح القاصر (أو القيم) للخطر وتوافرت فيمن يرشح للوصاية (أو القوامة) سائر أسباب الصلاحية جاز

---

(١) المستشار محمد كمال حمدى ص ١١١ .

تعيينه وصيا مع تنصيب وصى آخر للخصومة [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ)- "... وتجيز الفقرة السابعة من المادة ٢٧ سالفة الذكر إسناد القوامة إلى من يوجد بينه وبين المحجور عليه نزاع قضائى ، إذا اتضح أن النزاع ليس من شأنه أن يعرض مصالحه للخطر، وتوافرت فى هذا المرشح سائر أسباب الصلاحية " .

(طعن رقم ١٧ لسنة ٣٨ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٢/٣/٢٢)

(ب)- " مؤدى نص المادتين ٢٧، ٦٩ من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ أنه لايجوز إسناد القوامة إلى من كان بينه وبين المحجور عليه نزاع قضائى من شأنه أن يعرض مصالحه للخطر " .

(طعن رقم ١٩ لسنة ٥١ ق"أحوال شخصية" جلسة ١٩٨٢/٤/١٣)

(ج)- " الفقرة السابعة من المادة ٢٧ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فى شأن الولاية على المال تجيز إسناد القوامة إلى من يوجد بينه وبين المحجور عليه نزاع إذا اتضح أن هذا النزاع ليس من شأنه أن يعرض مصالحه للخطر وتوافرت فى هذا المرشح سائر أسباب الصلاحية ، وكان اختيار من يصلح للقوامة فى حالة عدم وجود الإبن أو الأب أو الجد وهم أصحاب الأولوية

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

فيها أو عدم صلاحية أى منهم ، مما يدخل فــى سـلطة محكمـة الموضوع التقديرية " .

(طعن رقم ١٨لسنة ٦٣ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٩٦/١١/٢٥)

الشرط الرابع :

أن يكون الوصى من طائفة القاصر فإن لم يكن فمن أهل مذهبه وإلا فمن أهل دينه .

واشتراط أن يكون الوصى من طائفة القاصر فإن لم يكن فمـن أهل مذهبه وإلا فمن أهل دينه . إنما يجد تطبيقه بالنسبة إلى الطائفة والمذهب بالنسبة لغير المسلمين ، وبالنسبة للدين إلى كافة الأديـان. فإذا كان القاصر قبطيا كاثوليكيا فيتعين أن يكون الوصى (أو القيم) من طائفة القاصر "الأقباط الكاثوليك" فإن لم يوجد فمن أهل مذهبـه (الكاثوليكية) فإن لم يوجد فمن أهل دينه وهو المسيحية .

وإذا كان الوصى (أو المحجورعليه) مسيحيا فلا يجوز أن يكون الوصى (أو القيم) من ديانة أخرى . وكذلك بالنسبة لسائر الأديـان السماوية .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" يشترط طبقا لنص المادتين ٢٧، ٦٩ من قانون الولاية علـى المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ أن يكون القيم والمحجور عليـه مـن

أهل دين واحد " .

(طعن رقم ٤٨ لسنة ٥٤ ق " أحوال شخصية" جلسة ١٩٨٤/٥/٢٩)

وهذه الشروط يجب أن تتوافر فى الوصى (أو القيم) وقت تعيينه وأثناء وصايته (أو قوامته) بمعنى أنه إذا قام به سبب من أسباب عدم الصلاحية يحكم بعزله حتى لو كان هذا السبب قائما وقت تعيينه [١].

٢٤٢ ـ واجبات القيم :

يختص القيم بإدارة أموال المحجور عليه وفقا للأحكام المقررة فى المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ . إذ نصت المادة ٦٥ من المرسوم بقانون على أن : " يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعته أو للسفه أو للغفلة ولايرفع الحجر إلا بحكم وتعين المحكمة على من يحجر عليه قيما لإدارة أمواله وفقا للأحكام المقررة فى هذا القانون " .

والقيم نائب عن المحجور عليه ، وهو نائب قضائى باعتبار أن المحكمة هى التى اختارته وأقامته قيما ، ونيابته عن المحجور عليه نيابة قانونية إذ رسم القانون حدودها .

وتنص المادة ٧٨ من المرسوم بقانون على أن : " يسرى على القامة والوكالة عن الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الوصاية على

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ – المستشار محمد كمال حمدى الجزء الثانى ص ١٠٩ .

القصر ويسرى على القامة والوكلاء عن الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الأوصياء " وقد قصد بهذا النص أن تطبق على القامة والوكلاء عن الغائبين القواعد المقررة فى شأن صلاحية الوصى للتعيين وجواز تعيين قيم أو وكيل خاص أو مؤقت والقواعد المتعلقة بواجبات الأوصياء وحقوقهم والقواعد الخاصة بعزلهم ووقفهم وانتهاء مهمتهم والقواعد الخاصة بمحاسبتهم وتقادم الدعاوى المتعلقة بأمور الوصاية وبديهى أن القواعد المتقدم ذكرها تسرى على القوامة والوكالة عن الغائبين بالقدر الذى تتلاءم فى حدود أحكامها مع طبيعة القواعد والوكالة عن الغائبين [1].

وعلى ذلك فإن واجبات القيم هى ذات واجبات الوصى، مع مراعاة طبيعة القوامة .

ونورد فيما يلى نصوص المواد التى تتناول واجبات الوصى فى المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ وهى :

ثانيا : فى واجبات الأوصياء

مادة ٣٦- يتسلم الوصى أموال القاصر ويقوم على رعايتها وعليه أن يبذل ذلك من العناية ما يطلب من الوكيل المأجور وفقا لأحكام القانون المدنى .

مادة ٣٧- للمحكمة أن تلزم الوصى بتقديم تأمينات بالقيمة التى

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

تراها وتكون مصروفات تقديم هذه التأمينات على حساب القاصر.

مادة ٣٨- لايجوز للوصى التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنسانى أو عائلى وبإذن من المحكمة .

مادة ٣٩ – لايجوز للوصى مباشرة التصرفات الآتية إلا بـإذن من المحكمة .

(أولاً) جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله . وكذلك جميع التصرفات لحق من الحقوق المذكورة.

(ثانيا) التصرف فى المنقولات أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية فيما عدا ما يدخل فى أعمال الإدارة .

(ثالثا) الصلح والتحكيم إلا فيما يقل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة .

(رابعا) حوالة الحقوق والديون وقبول الحوالة :

(خامسا) استثمار الأموال وتصفيتها .

(سادسا) اقتراض المال وإقراضه .

(سابعا) إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية ولمدة أكثر من سنة فى المبانى .

(ثامنا) إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة .

(تاسعا) قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها .

(عاشرا) الإنفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم إلا إذا كانت النفقة مقضياً بها بحكم واجب النفاذ .

(حادى عشر) الوفاء الاختيارى بالالتزامات التى تكـــون علــــى التركة أو على القاصر .

(ثانى عشر) رفع الدعاوى إلا ما يكون فى تأخير رفعه ضــــرر بالقاصر أو ضياع حق له .

(ثالث عشر) التنازل عن الحقوق والدعاوى وقبــول الأحكــــام القابلة للطعون العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ورفــــع الطعون غير العادية فى الأحكام .

(رابع عشر) التنازل عن التأمينات وإضعافها .

(خامسا عشر) إيجار الوصى أموال القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأحد أقاربهما إلى الدرجة الرابعة أو لمن يكون الوصى نائبا عنه.

(سادس عشر) ما يصرف فى تزويج القاصر .

(سابع عشر) تعليم القاصر إذا احتاج للنفقة والإنفـــاق الــــلازم لمباشرة القاصر مهنة معينة .

مادة ٤٠- على الوصى أن يستأذن المحكمة فــــى قســـمة مــــال القاصر بالتراضى إذا كانت له مصلحة فى ذلك فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التى تجرى عليهاالقسمة والإجراءات الواجبة الاتباع.

وعلى الوصى أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها . وللمحكمة فى جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية .

وفى حالة القسمة القضائية تصدق المحكمة الابتدائية التى تتبعها محكمة القسمة على قسمة الأموال إلى حصص .

ولهذه المحكمة عند الاقتضاء أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم فى جلسة تحدد لذلك .

وإذا رفضت التصديق تعين عليها أن تقسم الأموال إلى حصص على الأسس التى تراها صالحة بعد دعوة الخصوم .

ويقوم مقام التصديق الحكم الذى تصدره المحكمة بوصفها محكمة استئنافية بتكوين الحصص .

مادة ٤١ – إذا رفعت دعوى على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من وارث آخر جاز للمحكمة بناء على طلب من ينوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة أن توقف القسمة مدة لا تجاوز خمس سنوات إذا ثبت لها أن فى التعجيل بها ضررا جسيما .

مادة ٤٢– يجب على الوصى أن يعرض على المحكمة بغير تأخير ما يرفع على القاصر من دعاوى وما يتخذ قبله من إجراءات التنفيذ وأن يتبع فى شأنها ما تأمر به المحكمة .

مادة ٤٣– على الوصى أن يودع باسم القاصر إحدى خزائن

المحكمة أو أحد المصارف حسبما تشير به المحكمة كل ما يحصله من نقود بعد استبعاد النفقة المقررة والمبلغ الذى تقدره المحكمة إجماليا لحساب مصروفات الإدارة وذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسلمه .

ولا يجوز أن يسحب شيئا من المال المودع إلا بإذن من المحكمة.

مادة ٤٤- على الوصى أن يودع باسم القاصر المصرف الذى تشير به المحكمة ماترى لزوما لإيداعه من أوراق مالية ومجواهرت ومصوغات وغيرها ، وذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسلمها .

وليس له أن يسحب شيئا منها بغير إذن المحكمة .

مادة ٤٥- على الوصى أن يقدم حسابا مؤيدا بالمستندات عن إدارته قبل أول يناير من كل سنة .

ويعفى الوصى من تقديم الحساب السنوى إذا كانت أموال القاصر لا تزيد على خمسمائة جنيه ما لم تر المحكمة غير ذلك .

وفى جميع الأحوال يجب على الوصى الذى يستبدل به غيره أن يقدم حسابا خلال ثلاثين يوما من تاريخ انتهاء وصايته .

مادة ٤٦ – تكون الوصاية بغير أجر إلا إذا رأت المحكمة بناء على طلب الوصى أن تعين له أجراً أو أن تمنحه مكافأة عن عمل

معين .

ونحيل فى شرح هذه الاختصاصات إلى مؤلفات الأحوال الشخصية للولاية على المال .

ونكتفى هنا بإيراد قضاء محكمة النقض الصادر فى بعض المسائل السابقة .

فقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " ... على أن القيم ليس من حقه أن يقر صراحة أو ضمنا تصرفا ضارا صادرا من المحجور عليه ولو قبل الحجر مادام هذا التصرف غير صحيح إذ هو تنازل عن حق لم يكن حتى من التصرفات التى له أن يباشرها بإذن المجلس الحسبى (المادة ٢١ من قانون المجالس الحسبية الصادر فى ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ " .

(طعن رقم ٨٧ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٣/٥/١٨)

٢- " المادة ١/٣٩ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال التى أحالت عليها المادة ٧٨ من ذات القانون فى شأن القوامة تجيز للقيم بشرط الحصول على إذن من المحكمة أن يباشر جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة " .

(طعن رقم ٣٠٨ لسنة ٤٢ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٦/٢/٣)

٢٤٣ ـ رفع الحجر :

الحكم بتوقيع الحجر ليست له حجية فيجوز للمحكمة أن تقضى برفعه إذا زال مقتضى توقيعه كما إذا ثبت لديها أن المحجوز عليه قد زال عنه العارض الذى أوجب توقيع الحجر مثال ذلك أن يشفى من حالة الجنون التى كانت عنده ، كذلك فإن رفض طلب توقيع الحجر لايمنع من إعادة طرحه علي المحكمة إذا تغيرت الظروف[1].

وكما أن توقيع الحجر لايكون إلا بحكم فكذلك رفعه لايكون إلا بحكم .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" النص فى المادة ٦٥ من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أن يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعته أو للسفه أو للغفلة ولايرفع الحجر إلا بحكم يدل على أن المشرع ذهب إلى أن توقيع الحجر ورفعه لايكون إلا بمقتضى حكم خلافا لما تواضع عليه فقهاء الشرع الإسلامى من أن الحجر يكون بقيام موجبه ورفعه يكون بزوال هذا الموجب دون حاجة إلى صدور حكم به مما مؤاده

---

(١) المستشار عز الدين الدناصورى والأستاذ حامد عكاز التعليق على القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بتنظيم إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية ص ١٠٦ .

أن نشوء الحالة القانونية المترتبة على توقيع الحجر أو رفعه يتوقف على صدور الحكم بهما . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن "مبنى الالتماس صدور حكم بتوقيع الحجر على المحكوم ضده وتعيين الملتمس قيما عليه لفقدانه الأهلية إلى ما قبل بدء الخصومة القضائية فى الدعوى الملتمس إعادة النظر فيه وأن فقدان المحكوم ضده أهليته لم يكن إلا بالحكم رقم ... واعتبارا من تاريخ صدوره فى ١٩٧٩/١٢/١٥ طالما لم يحدد الحكم تاريخا معينا لفقدانه الأهلية وكان الثابت من الأوراق ومن الرجوع إلى الحكم الصادر من محكمة القاهرة الابتدائية للأحوال الشخصية بتاريخ ١٩٧٩/١٢/١٥ - المودعة صورته الرسمية- أنه قضى بتوقيع الحجر على (....) لإصابته بالعته أخذا بتقرير الطبيب المنتدب لفحص حالته وأنه لم يحدد فى منطوقه أو بأسبابه التى أقام عليها قضاءه ميقاتا معينا أرجع فيه قيام عارض الأهلية بالمحجور عليه ولم يرد حالة العته التي اعترته إلى تاريخ بعينه من التواريخ العديدة التى رددها الطبيب وأوردها تقريره بشأن مرضه فإن هذا الحكم لا يكون قد قطع بقيام حالة العته لدى هذا الشخص فى تاريخ سابق على قضائه بتوقيع الحجر عليه ومن ثم فلا يعد فاقدا لأهليته إلا من وقت صدوره . هذا إلى أنه فيما يتعلق بحالة الإنسان وأهليته فيعتبر من الأحكام المنشئة التى لاتنسحب آثارها على الوقائع

السابقة عليه " .

(طعن رقم ١٩٠٩ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٩٢/٢/٢٣)

٢٤٤ ـ عزل القيم :

تنص المادة ٧٨ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أن : " يسرى على القوامة والوكالة عن الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الوصاية على القصر ويسرى على القامة والوكلاء عن الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الأوصياء " .

وعلى ذلك فإن أحكام عزل الوصى المنصوص عليها فى المادة ٤٩ من المرسوم بقانون تسرى على عزل القيم .

وقد نصت المادة الأخيرة على أنه : "يحكم بعزل الوصى فى الحالات الآتية :

(١) إذا قام به سبب من أسباب عدم الصلاحية للوصاية وفقا للمادة ٢٧ ولو كان هذا السبب قائما وقت تعيينه .

(٢) إذا أساء الإدارة أو أهمل فيها وأصبح فى بقائه خطر على مصلحة القاصر " .

أما عن السبب الأول فقد سبق أن عرضنا له ضمن أسباب عدم الصلاحية للوصاية المنصوص عليها فى المادة ٢٧ (راجع بند ٢٤١) .

كما نحيل فى تفصيلاته إلى مؤلفات الأحوال الشخصية للولايـــة على المال .

ونكتفى هنا بعرض بعض أحكام النقض :

١- " إذ يبين من القرار المطعون فيه أنه بنى قضـــاءه بعـــزل القيم على أن الإبن أحق برعاية والدته وأحرص على مالها مستهدية فى ذلك بما نصت عليه المادة ٦٨ من القـــانون رقـــم ١١٩ لســـنة ١٩٥٢ من أن القوامة تكون للإبن البالغ ثم للأب ثم للجد ، ثم لمـــن تختاره المحكمة ، وكان مفهوم ذلك أن نظر المحكمة إنما تعلق فقط بالترتيب الذى وضعه المشرع عند تعيين القيم وقصر عن الإحاطة بمقطع النزاع فى القضية ، وهو مدى إخلال الطاعن بواجباته ومـــا إذا كانت قد توافرت أسباب جدية تدعو للنظر فى عزله مما نـــص عليه فى المادة ٤٩ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فـــى شـــأن الوصى والتى تسرى فى حق القيم بنص المادة ٧٨ من ذات القانون . لما كان ذلك فإن هذا القرار يكون قد شابه قصور مبناه الخطأ فى فهم القانون " .

(طعن رقم ٣ لسنة ٤١ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٥/١/١)

٢- " وحيث إن مبنى دفع النيابة بعدم جواز الطعـــن أن قـــرار عزل الطاعنة من الوصاية على قصر وتعيين المطعـــون ضـــدها

الثانية وصية عليهم لايجوز الطعن فيه بطريق الـنقض وحيـث إن هذا الدفع فى محله ذلك أن النص فى المادة ١٠٢٥ مرافعات يدل وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة على أن المشرع – على ما يبـين من المذكرة الإيضاحية – قصر الحد من جواز الطعن بالنقض فـى القرارات الصادرة فى مسائل الولاية على المـال فقصـره علـى القرارات التى تصدر فى المسائل المبينة فى ذلك النص على سبيل الحصر لما كان ذلك وكان القرار المطعون فيه قـد أيـد القـرار المستأنف بعزل الطاعنة من الوصاية ... وهو مـالا ينـدرج بـين المسائل الواردة بالنص المذكور ومن ثم فإن الطعن فيـه بطريـق النقض يكون غير جائز " [١].

(طعن رقم ١١٤ لسنة ٦٥ ق جلسة ٢٠٠١/٣/٢٤- لم ينشر بعد)

٢٤٥ عن السبب الثانى وهو إذا أساء الوصى (القيم) الإدارة أو أهمل فيها وأصبح فى بقائه خطر على مصلحة القاصر ، فمثاله أن ترتبك شئون الوصى (القيم) المالية على نحـو ينـذر بإفلاسـه أو إعساره ، وكما لوجدت له مصلحة فى منشـأة تنـافس المنشـآت المملوكة للقاصر .

---

(١) يلاحظ أن القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ بإصدار قانون إنشـاء محـاكم الأسرة ألغى طريق الطعن بالنقض فى مسائل الأحوال الشخصية (نفس ومال) مع عدم الإخلال بأحكام المادة (٢٥٠) مرافعات (م١٤) .

٢٣٥ ـ الطعن فى الحكم الصادر بتوقيع الحجر أو برفعه :

مؤدى المادة ١١٢ من قانون المرافعات أنه يشترط فى الخصم الذى يحق له الطعن فى الحكم أن تكون له صفة ولاتتوافر هذه الصفة إلا إذا كان طرفا فى الخصومة التى صدر فيها الحكم المطعون فيه سواء بشخصه أو بمن ينوب عنه .

ومن ثم يكون الحق فى الطعن فى الحكم الصادر بتوقيع الحجر أو برفضه وفى الحكم الصادر برفع الحجر أو برفضه للنيابة والمحجور عليه .

غير أنه لايجوز للمشترى ممن وقع الحجر عليه الطعن فى هذا الحكم لأنه وإن كان ذا مصلحة إلا أنه ليس طرفا فى الحكم .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"مؤدى المادة ٢١١ من قانون المرافعات أنه يشترط فى الخصم الذى يحق له الطعن فى الحكم أن تكون له صفة لاتتوافر إلا إذا كان طرفا فى الخصومة التى صدر فيها الحكم المطعون فيه سواء بشخصه أو بمن ينوب عنه ، ولايكفى أن تكون له مصلحة فى إلغاء الحكم أو تعديله وكانت الخصومة تتحدد فى الاستئناف بالأشخاص الذين كانوا مختصمين أمام محكمة الدرجة الأولى والمناط فى تحديد الخصم هو بتوجيه الطلبات فى الدعوى إليه ، وإذ كان الثابت من

واقع الدعوى أن الطاعن الأول لم يكن على أى وجه طرفـا فـى الخصومة أمام محكمة الدرجة الأولى فإن استئنافه للقرار الصـادر فيها بتوقيع الحجر على الطاعن الثانى يكون غير جائز ولايسـوغ القولبأن قضاء الولاية علىالمال جرى على إباحة الطعن للمشترى ممن وقع الحجر عليه، أو أن ذلك كان جائزا بمقتضى المادة ٢/١٣ من قانون المجالس الحسبية الصادر فـى ١٩٢٥/١٠/١٣ والتـى كانت تبيح للنيابة العامة ولكل ذى شأن أن يستأنف إلـى المجلـس الحسبى العالى أى قرار صادر من المجالس الحسبية فـى طلبـات توقيع الحجر أو رفعه ، وقد ألغى هذا الحكم بالمادة ٩٤ من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ بشأن المحاكم الحسبية والتي قصـرت رفـع الاستئناف على الأحكام الصادرة في المواد الحسـبية مـن النيابـة العامة ومن المحكوم ضده ليس غير ، ثم ألغيت هذه المادة بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١".

(طعن رقم ٣٦ لسنة ٤٦ق " أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٨/١/٢٥)

وميعاد الاستئناف أربعون يوما (م١/٢٢٧من قانون المرافعات). ويبدأ ميعاد للاستئناف طبقا للقاعـدة المقـررة فـى المـادة ٢١٣ مرافعات) . وميعاد الاستئناف ستون يوما لمن لا موطن لـه فـى مصر دون إضافة ميعاد مسافة (م٦١ من القـانون رقـم ١ لسـنة ٢٠٠٠) .

ولايجوز للخصوم الطعن بالنقض فى الحكم الصادر من محكمة الاستئناف (م١٤ من القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ بإصدار قانون إنشاء محاكم الأسرة) .

وإنما يجوز للنائب العام الطعن فى هذا الحكم بطريق النقض لمصلحة القانون إذا كان الحكم مبنيا على مخالفة للقانون أو خطأ فى تطبيقه أوفى تأويله. ولا يفيد الخصوم من هذا الطعن (م٢٥٠ مرافعات).

ويجوز الطعن بالتماس إعادة النظر فى القرار الصادر بتوقيع الحجر فقط (م٦٤/١ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠) .

مــادة (١١٤)

١- يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه ، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر .

٢- أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكــون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقــد ، أو كان الطرف الآخر على بينة منها .

الشـــرح

٢٤٦ ـ تصرفات المجنون والمعتوه :

رأينا أن المادة ٤٥ من التقنين المدنى تنص علــى أن لايكــون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر فى السن أو لعته أو لجنون . فقد اعتبر النص المجنون والمعتوه فاقدى التمييــز ومعدومى أهلية الأداء وهما يأخذان حكم الصبى غير المميز . فيقع جميع تصرفات المجنون والمعتوه باطلة بطلانا مطلقا ، حتــى مــا كان من شأنه أن يعود عليه بالنفع المحض . وهو ما كان سائدا فى ظل التقنين المدنى القديم كما سنرى .

إلا أن المجنون أو المعتوه، لا يعتبر كذلك فــى حكــم المــادة (١١٤) من التقنين المدنى الجديد ، وبعبارة أخرى لا ينعدم أهليــة الأداء عنده، إلا بعد صدور قرار الحجر عليه من المحكمة وتسجيل

هذا القرار[1] .

فالأصل العام إذن فى تصرفات المجنون أو المعتوه أن تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا لانعدام أهليته إذا صدرت منه بعد صدور الحجر وتسجيله .

وقد حدا الشارع إلى الخروج على القواعد العامة تغليب الاعتبارات العملية عن الاعتبارات النظرية وضرورة استقرار المعاملات فالشخص لا يستطيع أن يأمن إلى صحة التصرف الذى يجريه فمن المتصور أن يتضح فى أى وقت أن الطرف الذى تعاقد معه كان مجنونا وقت إبرام التصرف ، فيبطل هذا التصرف بطلانا مطلقا .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إنه وإن كانت المادة ١١٤ من القانون المدنى قد واجهت حالة الحجر وصدور قرار به ، وفرقت بين الفترة السابقة على صدور قرار الحجر والفترة التالية له ، وأقامت من قرار الحجر قرينة قانونية على انعدام أهلية المجنون أو المعتوه . ومن تسجيل ذلك القرار قرينة قانونية على علم الغير بذلك ... الخ " .

(طعن رقم ٢٧٠ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/١/١٩)

---

(١) حسام الدين الأهوانى ص ١٦٥.

٢- " النص فى الفقرة الأولى من المادة ١١٤ من القانون المدنى على أنه " يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر" وفى الفقرة الثانية من المادة المذكورة على أنه " إذا ما صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو إذا كان الطرف الآخر على بينة منها " مفاده أن العبرة فى تحرى أهلية التعاقد بأهليته فى الوقت الذى انعقد فيه العقد . وأن المشرع أقام من صدور قرار بالحجر على المجنون أو المعتوه وتسجيل ذلك القرار قرينة قانونية على علم الغير بذلك أما إذا لم تقم هذه القرينة وصدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فقد اشترط المشرع لبطلان التصرف من المجنون أو المعتوه شيوع حالة الجنون أو العته أو علم الطرف الآخر بها ويكفى فى ذلك أن تتوافر إحدى الحالتين سالفتى البيان لحظة حصول التعاقد ليكون التصرف باطلا لانعدام ركن من أركانه هو صدوره عن إرادة سليمة " .

(طعن رقم ٨٤٥ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٣/١٢/١٨)

٢٤٧ـ أولاً : حكم تصرفات المجنون أو المعتوه قبل تسجيل قرار الحجر :

مقتضى المادة (١١٤) أن المجنون أو المعتوه ، قبل أن يصدر

قرار الحجر عليه ويسجل ، أو يسجل طلب الحجر- كما سنرى(١)- لايعتبر معدوم الأهلية ، بل كاملها ، وتكون تصرفاته صحيحة لاباطلة ، حتى لو ثبت أنه كان فعلا مجنونا أو معتوها عند إبرامها رغم أنه منعدم الإرادة كما ذكرنا .

ولم تستثن المادة من هذا الحكم – كما سنرى- سوى أن تكون حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر على بينة منها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" سنت المادة ١١٤ من القانون المدنى الجديد حكما جديدا لم يكن مقررا فى القانون المدنى القديم إذ استلزمت لبطلان تصرفات المجنون والمعتوه الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر أن تكون حالة الجنون أو العته شائعة أو يكون المتصرف إليه على بينة منها ولم يكتف لبطلان هذه التصرفات بمجرد قيام حالة الجنون أو العته بالمتصرف وقت صدورها كما كان الحال فى القانون الملغى. فإذا كان الثابت من بيانات الحكم المطعون فيه أن التصرفين اللذين قضى ببطلانهما قد صدرا قبل تسجيل قرار الحجر عليه فإن الحكم

(١) وسنرى أنه اعتبارا من ٢٠٠٠/٣/٨ يقوم قيد النيابة طلب الحجر فى السجل الخاص المعد لذلك مقام التسجيل ، وينتج أثره من تاريخ إجرائه متى قضى بإجابة الطلب (أنظر بند ٢٥٩) .

إذ اقتصر في تأسيس قضائه بذلك على مجرد ما قاله من ثبوت قيام حالة العته بالمورث وقت صدورهما منه ودون أن يثبت أن هذه الحالة كانت شائعة أو أن الطاعنة المتصرف إليها كانت على بينة منها فإنه يكون مخالفا للقانون وقاصر التسبيب " .

(طعن رقم ٤٦٠ لسنة ٣٠ ق جلسة ١١/١١/١٩٦٥)

٢٤٨ ـ لايلزم لإبطال التصرف أن يكون التصرف نتيجة استغلال أو تواطؤ :

لم يستلزم المشرع لإبطال تصرف المجنوه أو المعتوه الصادر قبل تسجيل قرار الحجر ما استلزمه في إبطال تصرف السفيه وذي الغفلة – كما سنرى– من أن يكون التصرف نتيجة استغلال أو تواطؤ إذ تنص الفقرة الثانية من المادة (١١٥) على أن " أما التصرف (تصرف ذي الغفلة أو السفيه) قبل تسجيل قرار الحجر . فلا يكون باطلا أو قابلا للإبطال ، إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ " .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " لم يستلزم المشرع لإبطال تصرف المعتوه الصادر قبل تسجيل قرار الحجر ما استلزمه في إبطال تصرف السفيه وذي الغفلة من أن يكون التصرف نتيجة استغلال أو تواطؤ بل اكتفى

باشتراط شيوع حالة العته وقت التعاقد أو علم المتصرف إليه بها فثبوت أحد هذين الأمرين يكفى لإبطال التصرف " .

(طعن رقم ٢٨٣ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٩)

٢- " لم يستلزم المشرع لإبطال تصرف المعتوه الصادر قبل تسجيل قرار الحجر ما استلزمه فى إبطال تصرف السفيه وذى الغفلة من أن يكون التصرف نتيجة استغلال أو تواطؤ بل اكتفى باشتراط شيوع حالة العته وقت التعاقد أو علم المتصرف إليه بها فثبوت أحد هذين الأمرين يكفى لإبطال التصرف " .

(طعن رقم ٥٠٢ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/١/١٣)

٢٤٩ـ الاستثناءان الواردان على القاعدة السابقة :

يستثنى من القاعدة الواردة بالفقرة الأولى من المادة (١١٤) وهى وقوع تصرفات المجنون والمعتوه باطلة ، إذا صدرت قبل تسجيل قرار الحجر حالتان:

الحالة الأولى :

إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد :

وشيوع الجنون أو العته يعنى علم أغلب المحيطين بالشخص فى عمله أو فى مسكنه أو فى الأماكن التى يتردد عليها بحالته . كما لو كان المرض العقلى من ذلك الذى يسبب تهيج الشخص وقيام

المحيطين به بإيداعه فى مصحة للأمراض العقلية(١).

الحالة الثانية :

أن يكون الطرف الآخر على بينة من حالة الجنون أو العته وقت التعاقد .

تتطلب هذه الحالة أن يكون الطرف الآخر الذى تعامل مع المصاب بمرض عقلى على بينة أى على علم بحالته . كما لو كان هو طبيبه المعالج ، أو كان على صلة وثيقة به بحيث يكون على علم بجنونه أو بعتهه(٢).

وعلة إبطال تصرفات المجنون والمعتوه فى الحالتين السابقتين هو سوء نية أو افتراض سوء نية المتعامل معهما ومن ثم فلا داعى لتطبيق القرينة التى مقتضاها أن الشخص كامل التمييز والأهلية قبل تسجيل الحكم الصادر بالحجر أو تسجيل طلب الحجر .

٢٥٠ ـ ضرورة قيام الحالتين السابقتين وقت التعاقد :

يشترط لتوافر الحالتين السابقتين أن يكون شيوع حالة الجنون أو العته قائمة وقت التعاقد، أو أن يكون الطرف الآخر على بينة من حالة الجنون أو العته وقت التعاقد ، وأن يكون ذلك واضحا من أسباب الحكم الذى يعول على توافر هاتين الحالتين .

---

(١) نعمان جمعه ص ٤٥٩ .

(٢) نعمان جمعه ص ٤٥٩ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن العبرة فى تحرى أهلية العاقد هى بحاله فى الوقت الذى انعقد فيه العقد . فإذا كانت المحكمة قد أقامت قضاءها بقيام حالة العته عند المحجور عليه وقت التعاقد (السابق على الحجر وعلى طلبه) على أقوال شهود مؤداها أنه كانت تنتابه نوبات عصبية ويتهيج فى بعض الأحيان ، وعلى أنه سبق أن حجر عليه للعته ورفع عنه الحجر ، ثم حجر عليه ثانيا للعته والسفه بعد تعاقده، ثم رفع عنه الحجر ، ثم حجر عليه مرة ثالثة لضعف قواه العقلية، فإن ما استدلت به من هذا ليس فيه ما من شأنه أن يؤدى إلى أن المحجور عليه كان معتوها فى ذات وقت التعاقد ، ويكون هذا الحكم قاصر التسبيب متعينا نقضه " .

(طعن رقم ١٣ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/٢/٢٠)

٢- " إذا كان الحكم المطعون فيه قد استند فى إثبات قيام حالة العته لدى البائع إلى التقرير الطبى الذى أثبت وجودها فى نوفمبر سنة ١٩٥٤ ورتب الحكم على ما ورد فى هذا التقرير أن هذه الحالة لابد أن تكون راجعة إلى حصول التصرف المطعون فيه أى فى ديسمبر سنة ١٩٥٣ وكان التقرير الطبى خلوا مما يعين على تأكيد إرجاع حالة العته التى أثبتها الطبيب فى نوفمبر سنة ١٩٥٤ إلى تاريخ ذلك التصرف ، فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يفصح عن

مصدر آخر استمد منه تأكيده رجوع حالة العته إلى ذلـك التـاريخ بالذات وهو ما يجب ثبوته بيقين لإبطال التصرف ، يكون قاصـرا بما يستوجب نقضه".

(طعن رقم ٧٩ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٣/١٢/٢٦)

٣- " النص فى الفقرة الثانية من المادة ١١٤ من القانون المدنى على أنه " إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فـلا يكـون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها " يدل وعلى ما جرى به قضاء هـذه المحكمة أن وقت التعاقد هو المعول عليه فى شيوع حالة العتـه أو علم المتصرف إليه بها لإبطال التصرف الصادر قبل تسجيل قـرار الحجر " .

(طعن رقم ١٥٤ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٥/٢/١٧- غير منشور)

٢٥١ ـ يكفى توافر إحدى الحالتين :

يكفى لبطلان تصرفات المجنون أو المعتوه الصادرة قبل تسجيل الحكم الصادر بالحجر أو تسجيل طلب الحجر- كما سنرى- توافر إحدى الحالتين المنصوص عليهما بالفقـرة الثانيـة مـن المـادة (١١٤) ، أى يكفى أن تكون حالة الجنون أو العتـه شـائعة وقـت التصرف أو يكون الطرف الآخر على بينة من حالـة الجنـون أو

العته، فالنص لايتطلب اجتماع الحالتين معا .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " ... فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى بأسباب سائغة إلى أن حالة عته المورث - المتصرف- كانت شائعة وقت تصرفه للطاعنة فقد كان هذا حسبه لإبطال هذا التصرف طبقاً للفقرة الثانية من المادة ١١٤ من القانون المدنى ولإعمال آثار البطلان طبقا للفقرة الثانية من المادة ١٤٢ من القانون المذكور ولم يكن على الحكم بعد ذلك أن يثبت علم الطاعنة بحالة العته أو استغلالها لها لأن ثبوت شيوع حالة العته يغنى عن إثبات علم المتصرف إليه بها كما أن الاستغلال غير لازم قانونا فى مقام إبطال تصرف المعتوه".

(طعن رقم ٢٨٣ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٩)

٢- " ثبوت شيوع حالة العته عند المحجور عليه يكفى لإبطال البيع الصادر منه طبقا للمادة ١١٤ من القانون المدنى ويغنى عن إثبات علم المشترى بهذه الحالة لأن هذه المادة لاتتطلب اجتماع الأمرين معا - الشيوع والعلم - وإنما تكتفى بتحقق أحدهما " .

(طعن رقم ١٤٧ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/٦/١٥)

٣- " مفاد نص الفقرة الثانية من المادة ١١٤ من القانون المدنى، أنه يكفى لإبطال تصرف المعتوه الحاصل قبل تسجيل قرار

الحجر أن تكون حالة العته شائعة وقت التعاقد أو أن يكون المتصرف إليه على بينة منها " .

(طعن رقم ٣٦ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٤/٥)

(راجع أيضا طعن رقم ٨٤٥ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٣/١٢/١٨ – منشور ببند ٢٤٦) .

٢٥٢ـ إثبات الجنون أو العته فى حالة الادعاء بصدور التصرف قبل تسجيل حكم الحجر أو طلب الحجر :

إذا ادعى القيم على المحجور عليه ، أو ادعى المحجور عليه بعد رفع الحجر عنه ، أن تصرفا صدر منه قبل تسجيل حكم الحجر أو تسجيل طلب الحجر ، وتوافرت إحدى الحالتين سالفتى الذكر اللتين يكون فيهما التصرف باطلا ، وقع على عاتقه إثبات حالة الجنون والعته وتوافر شروط إحدى الحالتين المشار إليهما .

ويجوز إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات القانونية – بما فيها البينة والقرائن – فللمحكمة أن تقضى بإحالة الدعوى إلى التحقق لإثبات ذلك، كما أن لها أن تندب طبيبا أخصائيا فى الأمراض العقلية لفحص المتعاقد ، وإن كانت لاتلتزم بذلك ، إذا رأت فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها فى هذا الشأن .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كانت المحكمة قد اقتنعت بما ورد فى تقرير الطبيب الخبير عن حالة البائع العقلية عند البيع ، ثم استعرضت فى تفصيل أقوال شهود طرفى الدعوى - الطاعنين فى العقد والمتمسكين بـه- ورأت أنها تؤيد الخبير، ثم أقامت حكمها ببطلان العقد على تلك الأسباب المتعلقة بواقع الدعوى فلا تجوز المجادلة فى ذلك أمام محكمة النقض. ولايقدح فى حكمها أنها اعتبرت البائع معتوها وقت التعاقد بناء على ما استخلصته مما ثبت من هذا التقرير ومن أقوال أولئك الشهود ومن ظروف الدعوى ، مع كون الطبيب لم يعاين حالة البائع لأنه كان قد توفى - لايقدح ذلك فى حكمها لأن وفاة البائع لا تمنع قانونا من الفصل فى أمر عتهه عند التعاقد متى كانت المحكمة قد وجدت فى العناصر التى بين يديها ما يكفى لتكوين عقيدتها فى هذا الشأن " .

(طعن رقم ١٢٧ لسنة ١٤ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٤٥/٥/٣١)

٢- " إذا كانت المحكمة قد أقامت قضاءها ببطلان عقد لعته المتصرف على شهادة الشهود الذين سمعتهم وعلى قرائن مستقاة من مصادر صحيحة من شأنها أن تؤدى إلى ما انتهت إليه ، فلا يقدح فى حكمها أن يكون قاضى التحقيق قد سأل أحد الأطباء الذين عالجوا المتصرف " هل كانت حالة المريض حالة عته قانونى يلى

الجنون فى الدرجة " فأجاب بأنه " لم يكن على هذه الحالة وقت فحصه بمعرفتى ولكنه كان مشوش التفكير ضعيفا فى بنيته وتفكيره بمعنى أنه يمكن التأثير عليه ويكون فى حالة تردد"، فإن هذه الإجابة كاملة لاتشهد بسلامة عقله، فضلا عن أن الطبيب ليس هو الذى يعطى الوصف القانونى للحالة المرضية التى يشاهدها ، بل الشأن فى ذلك للقضاء فى ضوء ما يبديه الطبيب " .

(طعن رقم ١٢١ لسنة ١٥ ق"أحوال شخصية" جلسة ١٩٤٦/١٠/٣١)

٣- " لا مخالفة للقانون فى أن تحيل المحكمة الدعوى على التحقيق لإثبات قيام حالة العته بالمتصرف وقت صدور العقد المطعون فيه ، فإنه لا نص يوجب عليها أن تلتزم فى هذه الحالة طريقا معينا للإثبات ولا محل فى هذا المقام للتحدى بالمادتين ٨٦٦ من القانون رقم ٩٤ لسنة ١٩٣٧ ، ٦٤ من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ فإن حكمهما إنما ينطبق على الإجراءات الواجب اتباعها قبل توقيع الحجر فلا يسرى على إثبات قيام حالة العته فى تاريخ سابق على صدور قرار الحجر " .

(طعن رقم ١٩٩ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/١١/٢٢)

٤- " إنه وإن كانت المادة ٩٨٠ من قانون المرافعات المضافة بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ والسارية وقت رفع الدعوى . والتى حلت محل المادة ٦٤ من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ تضع

على عاتق مديرى المستشفيات والمصحات والأطبــاء المعــالجين إبلاغ النيابة العامة عن حالات فقد الأهلية الناشئة عن عاهة عقلية ، إلا أن المشرع – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – لم يقصد بتلك المادة التزام طريق معين لإثبات قيام حالــة العتــه ، وإنمــا استهدف فيها مجرد إجراءات تنظيمية واجبة الاتبــاع قبــل توقيــع الحجر، ورتب على مخالفتها جزاء جنائيا نص عليه فى المادة ٩٨٢ من ذات القانون . وإذ كان الحكم المطعون فيه قد استند إلى الشهادة الطبية باعتبارها ورقة صادرة من أحد الفنيين ، ومؤيدة بما جــرى على لسان الشهود من أن المورثة قد امتــدت بهــا الحيــاة حتــى تجاوزت التسعين من عمرها ، وأنها كانت مصابة بعته شــيخوخى. وكان من حق المحكمة أن تعتد على هذا الأســاس بهــذه الشــهادة مادامت قد اطمأنت إليها بما لها من سلطة تامة فى تقدير الــدليل ، فإن ما يثيره الطاعنون من عدم صحة هذه الشهادة أو إهدار قيمتها لعدم اتخاذ الإجراءات المشار إليها لاينطــوى علــى فســاد فــى الاستدلال".

(طعن رقم ٢٧٠ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/١/١٩)

٥- " إذا كان لمحكمة الموضوع كامل الحرية فى تقدير الــدليل من كافة الأوراق المقدمة فى الدعوى بحيث يكون لها أن تقضى فى موضوعها بما تراه حقا وعدلا ، فإنه لاتثريب على الحكم المطعون

فيه إذا هو استعان فى شأن التدليل على قيام حالة العته وقت صدور التصرف بأقوال شهود المطعون عليهن أمام محكمة الاستئناف فـى التحقيق الذى أجرته في شأن صدور التصرف حال مرض مـوت البائعة ، اعتبارا بأن ما حصله الحكم من هذه الأقوال قرينة تسـاند الأدلة الأخرى التى أوردها " .

(طعن رقم ٢٧٠ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/١/١٩)

٦- " وحيث إن هذا النعى مردود ذلك أنه إذا كانت القرائن التى استند إليها الحكم من شأنها أن تؤدى متساندة فيما بينها إلى النتيجـة التى انتهى إليها فلا يجوز معه مناقشة كل قرينة على حدة للتـدليل على عدم كفايتها فى ذاتها لما كان ذلك وكان الحكـم قـد اسـتبعد الشهادة الطبية على ما أورده فى مدوناتـه مـن أن." المحكمـة لا تطمئن إلى هذه الشهادة لصدورها من طبيبه المعـالج ولـو كـان مريضا بذلك المرض لدخل إحدى المستشفيات المخصصة لذلك هذا فضلا عن أنه لو كان مريضا بمرض عقلى يذهب بتصرفاته إلـى مرحلة اللاوعى أو عدم الإدراك لظهر جليا فى تصرفاته فى أمواله وأصابه عدم الوعى والإدراك فى التصرف فيها مما يـدفعهم إلـى الحجر عليه للتصرف فى أمواله - أما ولم يفعل فإنه يكون سـديد التصرف واعيه وعاقلة ويدركه مما تستبعد معه هذه المحكمة هـذه الشهادة الطبية المقدمة من المستأنفين . وحيث إن ما سـلف بيانـه

يمثل ناحية ومن ناحية أخرى فإن إسلام مورثهم على يد موثق رسمي ومشهد عليه شخصان فى إشهار الإسلام بالشهادتين أمام الموثق وظل على حاله أى مسلما مدة منذ إسلامه فى ١٩٥٩/٧/٥ وحتى تاريخ انضمامه إلى البطريركية الأرثوذكسية فى ١٩٦٢/٣/٦ فإن بقاءه مسلما هذه المدة إنما يظهر عقلية صاحبها بأنها سليمة وعادية ولا عاهة أو آفة بها الأمر الذى يطمئن وجدان المحكمة إلى أن مورث المستأنفين كان صحيح العقل كامل الإرادة عند إشهار إسلامه " وكانت هذه القرائن التى استند إليها الحكم لاستبعاد دلالة تلك الشهادة الطبية على المرض العقلى للمتوفى خلال فترة إسلامه هى قرائن سائغة لها مأخذها من الأوراق وتؤدى فى مجموعها إلى النتيجة التى انتهى إليها وتكفى لحمل قضائه فإنه لا يجوز المجادلة فيها بمناقشة كل قرينة على حده لإثبات عدم كفايتها فى ذاتها . لما كان ذلك وكان الطاعنون لم يطلبوا أمام محكمة الموضوع إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ما يدعونه وكان الحق المخول لمحكمة الموضوع فى المادة ٧٠ من قانون الإثبات من أن لها أن تأمر بإحالة الدعوى إلى التحقيق للإثبات بشهادة الشهود متروك لمطلق تقديرها ولاتخضع فيه لرقابة محكمة النقض فإنه لايقبل النعى بأن الحكم المطعون فيه لم يتخذ هذا الإجراء . ويكون النعى عليه بالقصور فى التسبيب والفساد فى

الاستدلال على غير أساس " .

(طعن رقم ٧٩ لسنة ٥٦ ق" أحوال شخصية" جلسة ١٩٩١/١/١٥)

٧- " من المقرر- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن ثبوت شيوع حالة العته عند المحجور عليه يكفى لإبطال التصرف الصادر منه طبقا للمادة ١١٤ من القانون المدنى ويغنى عن إثبات علم المشترى بهذه الحالة لأن هذه المادة لاتتطلب اجتماع الأمرين معا- الشيوع والعلم - وإنما تكتفى بتحقق أحدهما ومن المقرر أيضا أنه يجوز للمحكمة أن تقضى فى المسائل الفنية فى الدعوى دون الاستعانة بأهل الخبرة طالما وجدت فى المستندات المقدمة فيها ما يكفى لتكوين عقيدتها . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد بين أن المصدر الذى استقى منه أن من نسب إليها صدور العقد بسند الدعوى مختلة عقليا ومصابة بالشلل وفاقدة لحاستى السمع والإبصار ولاتعى لما تقول وهو ما ثبت من صدور قرار محكمة الأحوال الشخصية فى ١٩٨٢/٢/٢٥ بمنعها من التصرف فى أموالها. وأن تلك الحالة كانت شائعة ومعلومة وأن الطاعن كان يعلم وقت تحرير العقد بحالة العته القائمة بالمحجور عليه وأن علمه هذا مستفاد بما قرره بإقامته معها لرعايتها نظرا لحالتها سالفة البيان . وكانت الأسباب التى استند إليها الحكم المطعون فيه فى التدليل على أن الطاعن كان يعلم وقت تحرير عقد الإيجار بحالة العته القائمة

بالمحجور عليها سائغة ومن شأنها أن تؤدى إلى ما رتبــه الحكــم عليها ومن ثم فلا على الحكم إذ خلص إلى هذه النتيجة من تحقيقات نيابة الإسكندرية للأحوال الشخصية فى القضــية رقــم ٦٧ لســنة ١٩٧٨ دون الاستعانة بأهل الخبرة المختصة طالما قد وجــد فــى المستندات المقدمة فى الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدته".

(طعن رقم ٢٣٢٨ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٢/٢/١٣- غير منشور)

٢٥٣ـ القاضى هو الذى يعطى الوصف القانونى للحالة المرضية :

إعطاء الحالة المرضية للمتصرف وصفها القانونى عما إذا كانت تكشف عن وجود جنون أو عته من عدمه ، هى مسألة قانون تخضع فيها محكمة الموضوع لرقابة محكمة النقض [1].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " الطبيب ليس هو الذى يعطى الوصف القانونى للحالة المرضية التى يشاهدها ، بل الشأن فى ذلك للقاضى الذى يملك أن يقيم قضاءه ببطلان العقود لعته المتصرف على ما يطمئن إليه من شهادة الشهود والقرائن ، ولو كانت مخالفة لرأى الطبيب ، إذ للقاضى مطلق الحق فى تقدير ما يدلى به الخبراء من آراء " .

(طعنان رقم ٥٣، ٥٧ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/١/١)

---

(١) محمدكمال عبد العزيز التقنين المدني في ضوء القضاء والفقــه الجــزء الأول في الالتزامات ص ٣١٢ – المستشار الدكتورمحمد شتا أبو ســعد ص ٥٩٩ ومابعدها .

٢- " قيام عارض من عوارض الأهلية لدى أحد الخصوم هــو مما يتعلق بفهم الواقع فى الدعوى تستقل محكمة الموضـــوع فـــى تقدير الدليل عليه - لا شأن للطبيب فى إعطاء الوصـــف القـــانونى للحالة المرضية التى يشاهدها وأن الأمر فى ذلك لمحكمة الموضوع فى ضوء ما يبديه الطبيب بغير معقب - توقيع الحجــر أو رفعــه لايكون إلا بمقتضى حكم " .

(طعن رقم ١٩٠٩ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٩٢/٢/٢٣)

٢٥٤ ـ سلطة محكمة الموضوع فى تقدير قيام الجنون أو العته:

تقدير قيام الجنون أو العته من عدمه ، أى تقدير الحالة الواقعية لأى منهما مسألة واقع فلا يخضع فيه القاضى لرقابة محكمة النقض متى كان استخلاصه فى ذلك سائغا.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " تقدير حالة العته لدى أحد المتعاقدين هو مما يتعلق بفهــم الواقع فى الدعوى. فلا يخضع فيه القاضى لرقابة محكمة الـــنقض متى كان استخلاصه فى ذلك سائغا " .

(طعن رقم ٢٧٠ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/١/١٩)

٢- " تقدير حالة العته لدى أحد المتعاقدين مما يستقل به قاضى الموضوع لتعلقه بفهم الواقع فى الدعوى ، والنعى على الحكم فـــى

هذا الخصوص لايعدو أن يكون جدلا موضوعيا لاتجوز إثارته أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ٣٦٣ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٤/٢٢)

٣- " تقدير حالة العته هو مما يتعلق بفهم الواقع فى الدعوى فلا يخضع فيه القاضى لرقابة محكمة النقض متى كان استخلاصه فـى ذلك سائغا " .

(طعن رقم ٤ لسنة ٤٢ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٥/٥/٢٨)

٤- " تقدير حالة العته لدى أحد المتعاقدين هـو – وعلـى مـا جرى به قضاء هذه المحكمة – مما يتعلق بفهم الواقع فى الدعوى ، فلا يخضع فيه القاضى لرقابة محكمة النقض متى كان استخلاصـه فى ذلك سائغا ، والعبرة فى تحرى أهلية العاقد هـى بحالتـه فـى الوقت الذى انعقد فيه العقد " .

(طعن رقم ١٦١ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٦/١١/١٢)

٢٥٥ ـ حكم القانون الملغى :

لم يتضمن التقنين المدنى القديم نصا مماثلا لنص المادة (١١٤) من التقنين المدنى الجديد، وكان المتفق عليه فقها وقضاء هو أنه إذا ثبت أن الشخص كان عند إبرام التصرف مجنونا أو معتوها وقـع التصرف باطلا على أساس انعدام الإرادة ، ولو كان لم يحجر عليه

بعد ، ولو كان جنونه أو عتهه غير شائع ، ولو كان المتعاقد معه على غير بينه من حالته(١) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " العته يعدم إرادة من يصاب به فتقع تصرفاته باطلة وقت ثبوته ، ولذا لايتطلب بطلانها توافر التحايل على القانون أو الغش أو التواطؤ بين المعتوه والمتصرف له كما هو الحال بالنسبة إلى المحجور عليه للسفه إذا ما أريد إبطال تصرفاته السابقة على قرار الحجر عليه ، كما أن هذا البطلان لايكون نتيجة لانسحاب أثر قرار الحجر على الماضى وإنما لثبوت حالة العته المعدم لإرادة المعتوه وقت صدور التصرف فيه .

والمحكمة إذ تتصدى لبحث حالة العته إنما تبحث فى ركن من أركان التعاقد هو الرضاء الصحيح الصادر عن إرادة حقه ، وهذا أمر يدخل فى صميم اختصاصها. فالحكم الذى يقام على ما استخلصته المحكمة استخلاصا سائغا من الأدلة التى أوردتها من أن عته البائع كان قائما وقت صدور عقد البيع منه يكون مبنيا على أساس صحيح غير مخالف المبادئ القانونية الخاصة بالأهلية

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية العقد ص ٢٧٥ – حسن كيره ص ٥٨٦ هامش (٢) .

وعوارضها ولامجاوزا حدود اختصاص المحكمة التى أصدرته " .

(طعن رقم ٥٣ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٤٩/١٢/٢٩)

٢- " إن القانون المدنى القديم لم يكن يشترط لإبطال التصرف علم المشترى بعته البائع وقت البيع ، بل كان يكفى فى ظله أن تستدل المحكمة على قيام حالة العته وقت التصرف بأدلة سائغة وذلك اعتباراً بأن العته متى ثبت قيامه فإنه يعدم رضاء من يصاب به " .

(طعن رقم ١٩٩ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/١١/٢٢)

٣- " لايشترط القانون المدنى القديم - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - لإبطال تصرف المعتوه علم المتصرف إليه بهذا العته وقت التصرف بل كان يكفى فى ظله أن تستدل المحكمة على قيام حالة العته وقت هذا التصرف على أساس أن قيام هذه الحالة يعدم رضاء صاحبها فتقع تصرفات المعتوه باطلة بطلانا مطلقا من وقت ثبوتها " .

(طعن رقم ١٥٦ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٤/٨)

٢٥٦ - رأى فقهى وقضاء لمحكمة النقض ببطلان تصرفات المجنون والمعتوه على أساس انعدام إرادته :

ذهب رأى فى الفقه إلى أنه وإن كان حرفية المادة ٢/١١٤ من

التقنين المدنى تدل على أن تصرفات المجنون أو المعتوه قبل تسجيل حكم الحجر أو طلب الحجر لاتكون باطلة ، إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد ، أو كان المتعاقد الآخر على بينة من حالته ، حتى لو ثبت أنه كان فعلا مجنونا أو معتوها عند إبرام التصرف – إلا أنه لايمكن التسليم بهذا الرأى، لأن الإرادة أساس التصرف ، ولايمكن لهذا أن يقوم إلا إذا جاء نتيجة إرادة مدركة مميزة . فإذا ثبت أن شخصا معينا كان بالفعل مجنونا أو معتوها حين إبرامه تصرفا معينا . وقع هذا التصرف باطلا بالضرورة ، ولو لم يكن قد حجر على هذا الشخص بعد ، ولو كان جنونه أو عتهه غير شائع ، ولو كان الطرف الآخر على غير بينة من حالته . لأن الجنون أو العته يذهب بذاته عن الشخص الإرادة ، دون توقف على أمر آخر . على أن البطلان هنا لايجئ نتيجة انعدام الأهلية ولكن نتيجة انعدام الإرادة .

ولايسوغ أن يعترض على هذا الحكم بنص الفقرة الثانية من المادة (١٤٤) ، فهذه المادة كما يدل عليه مكانها (بين المواد التى تعرض للأهلية كشرط لازم لصحة العقد) لاتعرض إلا لبطلان تصرفات المجنون أو المعتوه على أساس انعدام الأهلية عنده بينما البطلان هنا يؤسس على أمر آخر ، هو انعدام الإرادة . وهو يبنى على نص آخر ، هو نص المادة ١٨٩ التى تستلزم الرضا ، كركن

أساسى لقيام العقد[١].

ويتعين على طالبه أن يثبت قيام الجنون أو العته حـال إجـراء التصرف بالذات ، بحيث أنه إذا عجز عن هذا الإثبات ، أو أثبـت الطرف الآخر أن المجنون أو المعتوه كان مفيقا فـى ذات اللحظـة التى أبرم فيها التصرف ، وقع التصرف صحيحا . ولذى المصلحة أن يثبت قيام الجنون أو العته بكل طرق الإثبات بما فى ذلك شهادة الشهود والتقدير النهائى لقاضى الموضوع .

وقد أخذت بهذا الرأى محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٧١/١/١٩ فى الطعن رقم ٢٧٠ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/١/١٩ إذ ذهبت فيه إلى أن :

"إنه وإن كانت المادة ١١٤ من القانون المدني قد واجهت حالـة الحجر وصدور قرار به، وفرقت بين الفترة السابقة علي صـدور قرار الحجر والفترة التالية له ، وأقامت من قرار الحجـر قرينـة قانونية علي انعدام أهلية المجنون أو المعتوه ، ومن تسـجيل ذلـك القرار قرينة قانونية علي علم الغير بذلك ، إلا أنه ليس معني ذلـك أن المجنون أو المعتوه الذي لم يصدر قرار بتوقيع الحجـر عليـه لسبب أو لآخر تعتبر تصرفاته صحيحة إذا لأصل أنـه يجـب أن

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٧٤ ومابعـدها – السـنهورى ص ١٤٤– أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٣٦ .

يصدر التصرف عن إرادة سليمة ، وإلا انهار ركـن مـن أركـان التصرف بما يمكن معه الطعن عليه ببطلانـه إذا مـا ثبـت علـم المتصرف إليه بحالة الجنون أو العته المعدم للتمييز لحظـة إبـرام التصرف أخذا بأن الإرادة تعتبر ركنـا مـن أركـان التصـرف القانونى".

٢٥٧ـ ثانياً : حكم تصرف المجنون والمعتوه بعد تسجيل قرار الحجر :

تنص الفقرة الأولى من المادة ١١٤ علـى أن : " يقـع بـاطلا تصرف المجنون والمعتوه ، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قـرار الحجر " .

ومفاد ذلك أن أى تصرف يصدر من المجنون والمعتـوه بعـد تسجيل حكم الحجر أو تسجيل طلب الحجر – كما سنرى تفصـيلا فيما بعد – يقع باطلا بطلانا مطلقا . ذلك أن المشـرع أقـام مـن صدور حكم بالحجر على المجنون أو المعتوه وتسجيل ذلك الحكـم أو تسجيل طلب الحجر قرينة قانونية على علم الغير بذلك .

ومقتضى اعتبار المجنون أو المعتوه غير فاقد الأهلية إلا منـذ تسجيل حكم الحجر أو تسجيل طلب الحجر أن يظل معتبرا كامـل الأهلية إلى حين حصول مثل هذا التسجيل . فلا تعتبر تصرفاته فى

هذه الفترة باطلة[١] .

وتظل تصرفات المجنون أو المعتوه بعد تسجيل حكم الحجر أو تسجيل طلب الحجر - باطلة إلى حين الحكم برفع الحجر عنه، حتى ولو عاد إليه الرشد من قبل . وهى تبطل دون حاجة إلى إثبات انعدام التمييز فحكم الحجر يؤدى إلى انعدام الأهلية ، ولايجوز نقض أثره هنا إلا بحكم يرفع الحجر [٢].

ويستوى أن تكون هذه التصرفات نافعة أم ضارة أم دائرة بين النفع والضرر [٣].

والحكم الصادر من المحكمة بتوقيع الحجر أو برفعه ، بوصفه أنه ينشئ للشخص حالة مدنية ، له حجية مطلقة على الناس كافة ، فهو يسرى حتى على من لم يكن طرفا فى الدعوى [٤].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" القرار الصادر بتوقيع الحجر للعته - بوصفه منشئا لحالة

(١) حسن كيره ص ٥٨٦ - وراجع ما ذكرناه فى بند (٢٥٦) .
(٢) الدكتور عبد الحى حجازى نظرية الحق الطبعة الثانية ١٩٥١-١٩٥٢ ص ١١٨ ومابعدها .
(٣) الدكتور عبد الودود يحيى محاضرات فى المدخل لدراسة القانون (نظرية الحق) ١٩٦٨ - ١٩٦٩ ص ٧٤ .
(٤) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٧٤ .

مدنية – له حجية مطلقة تسرى فى حق الناس جميعـا ، وإذ التـزم الحكم المطعون فيه هذا النظر ، واعتد بحجية ذلك القـرار ، فإنـه لايكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعنان رقما ٥٣، ٥٧ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/١/١)

كيفية تسجيل حكم الحجر :

٢٥٨ ـ أولاً : فى ظل الكتاب الرابع من قانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ :

أبقى قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ على الكتاب الرابع من القانون رقم ٧٧ لسـنة ١٩٤٩ الخـاص بـالإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والمضاف إليه بالقـانون رقـم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ (م١ من قانون إصدار قانون المرافعات الجديد).

وقد نصت المادة (١٠٢٦) الواردة فى الكتاب المذكور "البـاب الرابع – الفصل السابع" فى " تسجيل الطلبات والقرارات والاطلاع وتسليم الصور والشهادات " علـى أن: "تسـجيل طلبـات الحجـر والمساعدة القضائية واستمرار الولاية أو الوصاية وسلب الولاية أو الحد منها أو وقفها وسلب الإذن للقاصر أو المحجور عليه أو الحـد منه وإثبات الغيبة والحد من سلطة الوكيـل عـن الغائـب ومنـع المطلوب الحجر عليه أوسلب ولايته من التصرف أو تقييد حريتـه

فيه وذلك بأمر من قاضى الأمور الوقتية يصدر على ذات الطلب بعد التحقق من جديته وأخذ رأى النيابة كتابة . ويقدم الطالب الإذن بقلم الكتاب لإجراء التسجيل فورا .

ويجب على قلم الكتاب أن يؤشر على هامش تسجيل الطلبات بمضمون القرارات النهائية الصادرة فيها وذلك فى ميعاد ثمانى وأربعين ساعة من تاريخ صدورها ".

وتنص المادة ١٠٢٧ على أنه :

" إذا لم يطلب تسجيل الطلب أو رفض الإذن به وجب علي قلم الكتاب أن يسجل فى الميعاد المذكور فى المادة السابقة القرارات النهائية الصادرة بما يأتى :

(١) توقيع الحجر أو تقرير المساعدة القضائية أو إثبات الغيبة.

(٢) سلب الولاية أو الحد منها أو وقفها .

(٣) استمرار الولاية أو الوصاية .

(٤) سلب الإذن للقاصر أو المحجور عليه بالإدارة أو الحد منه.

(٥) منع المطلوب الحجر عليه أو سلب ولايته أو وقفها أو الحد منها أو وكيل الغائب من التصرف أو تقييد حريته فيه .

ويجب كذلك أن يؤشر على هامش هذه القرارات بكل قرار يصدر ملغيا أو معدلا لها ".

وتنص المادة (١٠٢٨) على أن :

" القرارات المشار إليها فى المادة ١٠٢٦ لاتكون حجة على الغير حسن النية إلا من تاريخ تسجيل الطلب المقدم عنها فإن لم يسجل الطلب فمن تاريخ تسجيل الحكم .

ويترتب على تسجيل الطلب ما يترتب على تسجيل القرار فى تطبيق أحكام القانون المدنى " .

ويبين من المواد الثلاث سالفة الذكر ما يأتى :

١- أن المشرع قد سوى فى المادتين ١٠٢٦، ١٠٢٨ منه بين تسجيل طلب الحجر وتسجيل القرار النهائى الصادر بالحجر فى الأثر المترتب على كل منهما فى حكم المادة ١١٤ من التقنين المدنى. فتسجيل الطلب يغنى عن تسجيل القرار النهائى الصادر بالحجر، إذ يتم التأشير على هامش تسجيل هذا الطلب بمضمون القرار النهائى الصادر فيه .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" المادة ١٠٢٦ من قانون المرافعات بينت كيفية تسجيل طلب الحجر ورتبت المادة ١٠٢٨ من القانون ذاته على تسجيل طلب الحجر ما يترتب على تسجيل قرار الحجر من أحكام وفقا لأحكام القانون المدنى. لما كان ذلك ، وكان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم

المطعون فيه قد أقام قضاءه على أساس من تسجيل طلب الحجر على مورثة المطعون ضدهم فى ذات يوم تقديمه فى ١٩٩٢/٥/١٨ ورتب على ذلك ما يترتب على تسجيل قرار الحجر من أحكام إعمالا لأحكام المادة ١١٤ من القانون المدنى دون أن يبين وجه ما استدل به على ثبوت تسجيل طلب الحجر فى الموعد الذى ذهب إلى القول به رغم أن ثمة فارقا بين مجرد تقديم طلب الحجر للنيابة وبين تسجيله بالسجلات المعدة لذلك وفقا للإجراءات المنصوص عليها فى المادة ١٠٢٦ من قانون المرافعات وهو ما تمسكت به الطاعنة فى دفاعها ولم يتناوله الحكم بالرد وهو ما يعيب الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب ومخالفة الثابت بالأوراق " .

(طعن رقم ٣٢١٠ لسنة ٦٧ ق جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٣)

٢- أن تسجيل طلب توقيع الحجر يكون بأمر يصدر من قاضى الأمور الوقتية على ذات الطلب بعد التحقق من جديته وأخذ رأى النيابة ويقدم الطالب الإذن لقلم الكتاب لإجراء التسجيل فورا . ويجب على قلم الكتاب أن يؤشر على هامش تسجيل الطلب بمضمون القرار النهائى الصادر فيه وذلك فى ميعاد ثمان وأربعين ساعة من تاريخ صدوره .

٣- لاتكون قرارات الحجر حجة على الغير حسن النية إلا من

تاريخ تسجيل الطلب المقدم عنها ، فإن لم يسجل الطلب فمن تاريخ تسجيل قرار الحجر .

فالتسجيل اعتبر قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس على علم الغير ممن تعامل مع المحجور عليه فتنسحب حجية القرار إلى تاريخ تسجيل الطلب أو من تسجيل قرار الحجر حسب الأحوال .

وإذ كان القانون المدنى قد عالج فى المادة ٢/١١٤ حكم التصرف الصادر من المجنون والمعتوه – كما رأينا سلفا – قبل تسجيل قرار الحجر أو تسجيل طلب الحجر ، فنصت الفقرة المذكورة على أنه : " أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها " .

كما عالجت الفقرة الثانية من المادة (١١٥) حكم التصرف الصادر من السفيه أو ذى الغفلة فنصت على أن : "أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا أو قابلا للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ " .

ومن ثم فإن ما قضت به الفقرة الأولى من المادة (١٠٢٨) مدنى سالفة الذكر من أن القرارات المشار إليها فى المادة (١٠٢٦) لاتكون حجة على الغير حسن النية إلا من تاريخ تسجيل الطلب المقدم عنها فإن لم يسجل الطلب فمن تاريخ تسجيل الحكم ، إن هو

إلا تطبيق للقاعدة العامة الواردة فى الفقرة الثانية من المادتين (١١٤، ١١٥ مدنى) إذ كون حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو أن الطرف الآخر على بينة منها وذلك فى التصرف السابق على التسجيل أو أن التصرف الصادر من السفيه أو ذى الغفلة قبل التسجيل نتيجة استغلال أو تواطؤ ، كلها تجعل الغير سىء النية[1].

٢٥٩ـ ثانيا : فى ظل القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية :

بتاريخ ٢٩ يناير سنة ٢٠٠٠ صدر القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية . ونشر بالجريدة الرسمية العدد ٤ (مكرر) فى ٢٩ يناير سنة ٢٠٠٠ وعمل به بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ نشره (م٦ من قانون الإصدار) .

وقد نصت المادة الرابعة من قانون إصداره على أن يلغى الكتاب الرابع من قانون المرافعات المدنية والتجارية المضاف إلى القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٧ .. وبالتالى فقد ألغيت المواد (١٠٢٦-

---

(١) المستشار محمد كمال حمدى الجزء الثانى ص ٢٤٤ ومابعدها .

١٠٢٨) التى كانت تنظم تسجيل طلب الحجر أو تسجيل القرار الصادر بتوقيع الحجر وأثره والتى كانت واردة بالكتاب الرابع المضاف التى قانون المرافعات الملغى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ .

ثم نصت المادة ٣٢ من القانون على أن :

" تقيد النيابة العامة طلبات الحجر والمساعدة القضائية واستمرار الولاية أو الوصاية وسلب الولاية أو الحد منها أو وقفها وسلب الإذن للقاصر أو المحجور عليه أو الحد منه وإثبات الغيبة والحد من سلطة الوكيل عن الغائب ومنع المطلوب الحجر عليه أو سلب ولايته من التصرف أو تقييد حريته فيه ، وذلك يوم وساعة تقديم الطلب فى سجل خاص . ويقوم القيد فى السجل مقام التسجيل، وينتج أثره من تاريخ إجرائه متى قضى بإجابة الطلب .

وعلى النيابة العامة شطب القيد إذا قضى نهائيا برفض الطلب.

ويصدر وزير العدل قرارا بإجراءات القيد والشطب " .

وقد أصدر السيد وزير العدل تنفيذا لهذه المادة بتاريخ ٢٠٠٠/٣/٦ القرار ١٠٩٠ لسنة ٢٠٠٠ بإجراءات القيد والشطب فى السجل الخاص بمواد الولاية على المال والذى نشر فى الوقائع المصرية بتاريخ ٢٠٠٠/٣/٧ العدد ٥٥ (تابع) (١).

---

(١) وننشر القرار فيما يلي:

قرار وزير العدل رقم ١٠٩٠ لسنة ٢٠٠٠
بإجراءات القيد والشطب في السجل الخاص
بمواد الولاية على المال

وزير العدل

بعد الاطلاع على قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى في مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ ،

قــرر:

(مــادة ١)

ينشأ في كل نيابة كلية سجل لقيد الطلبات المتعلقة بمسائل الولاية والوصاية والحجر والغيبة والمساعدة القضائية، تنفيذاً لحكم المادة (٣٢) من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ ، وتتبع الإجراءات المنصوص عليها في هذا القرار في شأن القيد والشطب في هذا السجل .

(مــادة ٢)

يتم القيد في السجل المشار إليه في المادة السابقة ، على النحو التالى:

أولاً: تقيد الطلبات بأرقام مسلسلة تبدأ في بداية كل عام قضائى ، وتنتهى بنهايته .

على أن تقيد الطلبات الخاصة بعام ٢٠٠٠ اعتباراً من ٢٠٠٠/٣/١٥ إلى ٢٠٠٠/٩/٣١ .

ثانياً : يقيد كل طلب في صفحة مستقلة، وفقاً لما هو مبين بالنموذج المرفق بالقرار . وتمهر صفحات السجل بخاتم النيابة .

ثالثا : يتم إثبات قيد الطلب فور تقديمه بمعرفة رئيس قلم الأحوال الشخصية أو من يقوم مقامه ، ويعتمد القيد من رئيس النيابة الكلية في موعد أقصاه اليوم التالى لتاريخ القيد .

رابعاً : يتم إثبات تاريخ القيد وساعته واسم الطالب وموطنه بعد التأكد

من شخصيته ، وإثبات صفته بالنسبة للمقدم ضده الطلب ، وبيان سند وكالته الذى يخوله الحق في تقديم الطلب ، وتثبت بيانات التوكيل بالسجل، ويرفق التوكيل بملف الطلب إن كانت الوكالة خاصة أو ترفق صورة ضوئية منه إن كانت الوكالة عامة ، وفى جميع الأحوال يجب أن يوقع مقدم الطلب قرين تلك البيانات في الموضع المعد لذلك بالسجل .

خامسا – بيان اسم المقدم ضده الطلب وسنه وموطنه وديانته وجنسيته .

سادسا : يثبت ملخص لموضوع الطلب في الموضع المعد لذلك بالسجل.

سابعاً : يثبت منطوق القرارات الصادرة من النيابة العامة وما اتخذته في شأن أى من الإجراءات التالية ، مع بيان اسم وصفة القائم بها وتاريخ اتخاذها وتوقيعه قرين ذلك :

١- إجراءات حصر أموال وحقوق المعنى بالحماية .

٢- إجراءات وضع الأختام ورفعها .

٣- رقم الأمر الوقتى الصادر بالترخيص للنيابة العامة فى نقل الأموال والأوراق المالية والمستندات والمصوغات وغيرها مما يخشى عليه إلى خزانة أحد المصارف أو إلى مكان أمين .

٤- بيان الجهة التى أودعت لديها تلك الأشياء وتاريخ إيداعها ورقم الإيداع .

٥- أى قرارات أخرى تأمر بها النيابة العامة .

ثامنا : يثبت تاريخ ومنطوق القرار الصادر بتعيين النائب عن المعنى بالحماية، واسمه وموطنه وتاريخ إخطاره بقرار تعيينه إن صدر في غيبته ، كما يثبت تاريخ اعتراضه على هذا التعيين في حالة اعتراضه ، وتاريخ صدور القرار الصادر بتعيين آخر بدلاً منه ، وتتبع في شأنه الإجراءات السابقة .

تاسعاً : يثبت تاريخ الإجراءات التى اتبعتها النيابة العامة في شأن جرد

وواضح مما تقدم أنه اعتبارا من ٢٠٠٠/٣/٨ أصبح قيد النيابة

أموال المعنى بالحماية بعد تعيين النائب عنه ، وشخص القائم بـالجرد ، واسم عضو النيابة الذى وقع على محضر الجرد . كمـا تثبـت كافـة القرارات المتعلقة بندب أهل الخبرة لتقييم الأموال والديون .

عاشراً : يثبت تاريخ تسليم الأموال التى تم جردها للنائب المعين، بعـد إثبات اسمه وموطنه وتوقيعه على ما يفيد ذلك في الموضع المخصـص بالسجل .

حادى عشر : يثبت تاريخ تعيين مصفى على التركـة ورقـم الـدعوى الصادر فيها قرار تعيينه واسم المصفى وموطنه وتاريخ استلامه لأموال التركة ، وتاريخ الانتهاء من أعمال التصفية .

ثانى عشر : تثبت كافة القرارات الأخرى التى تصدرها المحكمـة فـي خصوص إدارة أموال المعنى بالحماية .

ثالث عشر : تثبت كافة القرارات التى تصدرها محكمة ثانى درجة فـي خصوص مواد الولاية على المال وتاريخ صدورها .

رابع عشر: يثبت تاريخ القرار النهائى الصادر بشطب الطلب، وبـدون في السجل عبارة "شطب القيد" ورقم المادة الصادر فيها ذلك القرار .

خامس عشر: لايجوز تعديل القيد أو الكشط أو التحشير فيه أو التغيير ، وعند إثبات بيان بطريق الخطأ ، يتم إثبات البيان الصحيح بجواره مـع وضع أقواس على البيان الخطأ ، وفى هذه الحالة يتعين اعتماد التعـديل من رئيس النيابة المختص .

(مـادة ٣)

ينشر هذا القرار في الوقائع المصرية ، ويعمل به اعتبارا مـن اليـوم التالى لتاريخ نشره .

صدر في ٢٠٠٠/٣/٦

وزير العدل

المستشار / فاروق سيف النصر

العامة (نيابة شئون الأسرة) طلب الحجر فى السجل الخاص المعــد لذلك يقوم مقام التسجيل ، وينتج أثره من تاريخ إجرائه متى قضـــى بإجابة طلب الحجر .

مادة (١١٥)

١- إذا صدر تصرف من ذى الغفلة أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر ، سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبى المميز من أحكام .

٢- أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا أو قابلا للإبطال ، إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ .

الشرح

تصرفات السفيه وذى الغفلة :

٢٦٠- أولاً : تصرفات السفيه وذى الغفلة قبل تسجيل قرار الحجر :

القاعدة أن السفيه وذا الغفلة يتمتعان قبل تسجيل قرار الحجر بأهلية كاملة ، وعلى ذلك فجميع تصرفاتهما تعتبر صحيحة . ولايمكن إبطال هذه التصرفات على أساس انعدام الإرادة لأن السفه والغفلة لايمسان العقل [1].

إلا أن الفقرة الثانية من المادة (١١٥) أوردت استثنائين على هذه القاعدة ، يكون فيها تصرف السفيه وذى الغفلة قبل تسجيل قرار الحجر باطلا أو قابلا للإبطال .

---

(١) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية العقد ص ٢٨٢- عبد الودود يحيي ص ٧٥ – حسام الدين الأهوانى ص ١٦٧ .

فقد نصت هذه الفقرة على أن :

" أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا أو قابلا للإبطال ، إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ " .

والاستثناءان الواردان بالمادة هما :

١- أن يكون التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر نتيجة استغلال .

٢- أن يكون التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر نتيجة تواطؤ .

فلا يكفى أن تكون حالة الغفلة أو السفه قائمة ، ولايكفى أن تكون هذه الحالة شائعة أو يكون المتعاقد على علم بها ، كما هو الشأن فى تصرفات المجنون والمعتوه [١].

ونعرض لهذين الاستثنائين فيما يلى :

الاستثناءان الواردان بالنص :

الاستثناء الأول :

أن يكون التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر نتيجة استغلال .

ويقصد بالاستغلال هنا أن يعلم المتعاقد مع السفيه وذى الغفلة

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ١٦٤ ومابعدها .

بحالته . فيعمد إلى أن يغتنم الفرصة ، وأن يفيد مما يتسم به المتعاقد معه من سوء تدبيره أمره ، لتبذيره وإسرافه ، أو لبلاهته وفرط الطيبة فى قلبه ، ويصل من وراء ذلك إلى مزايا مفرطة لاتتعادل مع ما يقدمه هو أو يتحمل به من التزامات .

فلا يكفى هنا للقول بحصول الاستغلال ، أن يكون المتعاقد مع السفيه أو ذى الغفلة عالما بحالته ، وإنما يلزم أن يعمد إلى أن يصل من وراء قيام تلك الحالة على مزايا مفرطة لاتتعادل مع التزاماته. ولايوجد بالضرورة معيار محدد لمعرفة ما إذا كان ثمة تعادل فى الالتزامات من عدمه ولالتحديد قدر التفاوت بين ما يأخذه السفيه أو ذو الغفلة وما يعطيه . فالأمر متروك لقاضى الموضوع يفصل فيه بسلطته التقديرية ومن غير معقب عليه من محكمة النقض طالما بنى قضاءه على أسباب سائغة من شأنها أن تحمله [1].

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- (أ)- " تقضى المادة ١١٥ من القانون المدنى بأن التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر- للسفه أو الغفلة - لا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ ، فإذا كان الطاعنون لاينازعون فى أن العقدين محل النزاع قد صدرا من

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٨٣- حسام الدين الأهوانى ص ١٦٧ .

مورثهم إلى المطعون عليهما قبل تاريخ تسجيل قرار الحجر فلا يجدى الطاعنين بعد ذلك المنازعة فى صحة التاريخ الذى يحمله هذان العقدان ومحاولة إثبات أنه قدم ليكون سابقاً على رفع دعوى الحجر مادام أن هذا التاريخ سابق على أى حال على تسجيل قرار الحجر ، كما أن مجرد ثبوت تحرير العقدين فى الفترة ما بين تاريخ تقديم طلب الحجر وتاريخ صدور القرار بتوقيعه لايكفى بذاته لترتيب البطلان بل يلزم أيضا إثبات أن التصرف كان نتيجة استغلال وتواطؤ .

(ب) - " التصرف الصادر من ذى غفلة أو من السفيه قبل صدور قرار الحجر لايكون - وفقا لما استقر عليه قضاء محكمة النقض فى ظل القانون المدنى الملغى وقننه المشرع فى المادة ١١٥ من القانون القائم - باطلا أو قابلا للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ . ويقصد بالاستغلال أن يغتنم الغير فرصة سفه شخص أو غفلته فيستصدر منه تصرفات يستغله بها ويثرى من أمواله ... الخ".

(طعن رقم ٢٠٠ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٥/٢١)

٢- " يكفى وفقا للفقرة الثانية من المادة ١١٥ من القانون المدنى لإبطال التصرف الصادر من ذى غفلة أو من السفيه قبل تسجيل قرار الحجر أن يكون نتيجة استغلال أو تواطؤ ، فلا يشترط اجتماع

هذين الأمرين بل يكفى توافر أحدهما . والمقصود بالاستغلال هنا أن يعلم الغير بسفه شخص أو بغفلته فيستغل هذه الحالة ويستصدر منه تصرفات لاتتعادل فيها التزاماته مع ما يحصل عليه من فائدة . أما التواطؤ فيكون عندما يتوقع السفيه أو ذو الغفلة الحجر عليه فيعمد إلى التصرف فى أمواله لمن يتواطأ معه مع علمه بذلك بقصد تفويت آثار الحجر المرتقب " .

(طعن رقم ٤٤٤ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٦/٢٤)

٣- " المقصود بالاستغلال - فى حكم الفقرة الثانية من المادة ١١٥ من القانون المدنى - أن يغتنم الغير فرصة سفه شخص أو غفلته فيستصدر منه تصرفات يستغله بها ويثرى من أمواله . فإذا أثبت الحكم المطعون فيه فى حدود سلطة المحكمة الموضوعية أن الطاعنين قد استغلا سفه المطلوب الحجر عليه وشدة حاجته إلى المال فاستصدرا منه التصرف المحكوم ببطلانه بمقابل يقل كثيرا عما تساويه الأرض المبيعة وذلك إرضاء لشهوة الاغتناء لديهما فإن الحكم بذلك يكون قد أثبت أن التصرف الصادر إلى الطاعنين كان نتيجة استغلال وبالتالى يكون هذا التصرف باطلا وقد صدر قبل تسجيل طلب الحجر أو تسجيل قرار الحجر " .

(طعن رقم ٤٤٦ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/١١/١٤)

٤- " يشترط وفقا للفقرة الثانية من المادة ١١٥ من القانون

المدنى لإبطال التصرف الصادر من السفيه قبل تسجيل قرار الحجر أن يكون نتيجة استغلال أو تواطؤ والمقصود بالاستغلال- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يعلم الغير بسفه شخص فيستغل هذه الحالة ويستصدر منه تصرفات لاتتعادل فيها التزاماته مع ما يحصل عليه من فائدة فلا يكفى لإبطال التصرف أن يعلم المتصرف إليه بما كان يتردى فيه المتصرف من سفه بل يجب أن يثبت إلى جانب هذا العلم قيام الاستغلال أو التواطؤ كما أنه لا يكفى لتحقق الاستغلال أن يكون المتصرف إليه قد أبرم مع المتصرف العقد بقصد الاستغلال إذ أنه بفرض توافر هذا القصد لدى المتصرف إليه فإنه لايكفى بذاته لإبطال العقد بل يجب لذلك أن يثبت أنه استغل المتصرف فعلا وحصل من وراء هذا العقد على فوائد أو ميزات تجاوز الحد المعقول حتى يتحقق الاستغلال بالمعنى الذى يتطلبه القانون أما التواطؤ فإنه يكون عندما يتوقع السفيه الحجر عليه فيعمد إلى التصرف فى أمواله إلى من يتواطأ معه على ذلك بقصد تفويت آثار الحجر المرتقب " .

(طعن رقم ٣٨٣ لسنة ٣٦ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧١/٤/٢٠)

٥- " يكفى وفقا للفقرة الثانية من المادة ١١٥ من القانون المدنى لإبطال التصرف الصادر من السفيه قبل تسجيل قرار الحجر أن يكون نتيجة استغلال أو تواطؤ والمقصود بالاستغلال أن يعلم الغير

بسفه شخص فيستغل هذه الحالة ويستصدر منه تصرفات لاتتعادل فيها التزاماته مع ما يحصل عليه من فائدة ، وتقدير ما إذا كانت الفائدة التى حصل عليها السفيه من التصرف الذى أصدره قبل تسجيل قرار الحجر تتعادل مع التزاماته أو لاتتعادل مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع " .

(طعن رقم ٣٩٧ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٥/٢/١٣)

٦- " قرار الحجر للسفه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- ليس له أثر إلا من تاريخ صدوره ولاينسحب على التصرفات السابقة عليه ما لم يكن قد حصلت بطريق الاستغلال أو التواطؤ " .

(طعن رقم ٣٩٧ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٥/٢/١٣)

الاستثناء الثانى :

أن يكون التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر نتيجة تواطؤ:

والمقصود بالتواطؤ هنا أن يتوقع السفيه أو ذو الغفلة الحجر عليه، فيعمد إلى المبادرة فى التصرف فى أمواله إلى شخص آخر يعلم بذلك وبتدبير واتفاق بينهما ، استباقا للزمن وتفويتا لأثر الحجر المرتقب ، فالتواطؤ حالة غش مشترك بين الطرفين (١).

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٨٣ ومابعدها - نعمان جمعه ص ٤٦٦ .

وقد أوضحت محكمة النقض المقصود بالتواطؤ بقولها :

١- " ... والتواطؤ يكون عندما يتوقـع السـفيه أو ذو الغفلـة الحجر عليه فيعمد إلى التصرف فى أمواله إلى من يتواطأ معه على ذلك بقصد تفويت آثار الحجر المرتقب " .

(طعن رقم ٢٠٠ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٥/٢١)

٢- " ... أما التواطؤ فيكون عندما يتوقع السفيه أو ذو الغفلـة الحجر عليه فيعمد إلى التصرف فى أمواله لمن يتواطأ معـه مـع علمه ذلك بقصد تفويت آثار الحجر المرتقب " .

(طعن رقم ٤٤٤ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٦/٢٤)

٢٦١ ـ يكفى للإبطال توافر الاستغلال أو التواطؤ :

يكفى لإبطال التصرف الصادر من السفيه أو ذى الغفلـة قبـل تسجيل قرار الحجر أن يكون إما نتيجة استغلال وإما نتيجة تواطؤ، فلا يشترط اجتماع الأمرين معا .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " يكفى وفقا للفقرة الثانية من المادة ١١٥ من القانون المدنى لإبطال التصرف الصادر من ذى غفلة أو من السفيه قبـل تسـجيل قرار الحجر أن يكون نتيجة استغلال أو تواطؤ فلا يشترط اجتمـاع هذين الأمرين بل يكفى توافر أحدهما . والمقصود بالاستغلال هنـا

أن يعلم الغير بسفه شخص أو بغفلته فيستغل هذه الحالة ويستصـــدر منه تصرفات لاتتعادل فيها التزاماته مع ما يحصل عليه من فائدة . أما التواطؤ فيكون عندما يتوقع السفيه أو ذو الغفلة الحجـــر عليـــه فيعمد إلى التصرف فى أمواله لمن يتواطأ معه مع علمه ذلك بقصد تفويت آثار الحجر المرتقب " .

(طعن رقم ٤٤٤ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٦/٢٤)

٢- " ... وكان التصرف الصادر من السفيه فى مثل هذه الحالة لا يكون وفقا لما نصت عليه المادة ٢/١١٥ من القـــانون المـــدنى باطلا أو قابلا للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ . فـــإن الحكم إذا استلزم إثبات توافر أحد هذين الأمرين بعد أن حصل فـــى أسباب سائغة أن التصرف المنعى عليه قد صدر قبل تسجيل طلـــب الحجر ، فإن يكون قد أصاب صحيح القانون " .

(طعن رقم ٣٨٣ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٤/٢٠)

٢٦٢ـ قضاء لمحكمة النقض فى ظل القانون المدنى القديم :

الحكم الوارد فى الفقرة الأولى من المادة ١١٥ من القانون المدنى الجديد ، تقنين لما استقر عليه قضاء محكمة النقض فى ظل القـــانون المدنى القديم – الذى خلا من نص مماثل – من أن التصرف الصـادر من السفيه أو ذى الغفلة قبل صدور قرار الحجر وتسجيله، يكـــون

باطلا أو قابلا للإبطال إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ .

فقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " لمحكمة الموضوع أن تبطل تصرف المحجور عليه حتى مع ثبوت حصوله قبل توقيع الحجر عليه ، متى تبينت من ظروف هذا التصرف وملابساته أن المتصرف له كان يعلم سفه المحجور عليه والإجراءات الجارية لتوقيع الحجر عليه ، وأنه على الرغم من ذلك تواطأ معه على إيقاع هذا التصرف له . ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فيما تأخذ هى به من القرائن التى أقنعتها بحصول هذا التواطؤ".

(طعن رقم ٢٨ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٢/١٢/٨)

٢- " تصرف المحجور عليه للغفلة الصادر منه قبل الحجر ولكن فى وقت قيام سببه يكون باطلا إذا ثبت من ظروف التصرف وملابساته أن المتصرف له كان يعلم حالة المتصرف المستوجبة للحجر وأنه بالرغم من علمه بها قد أقدم على قبول تصرف له بالهبة".

(طعن رقم ١٦ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٣٦/١٠/٢٢)

٣- " قرار الحجر للسفه ليس له أثر إلا من تاريخ صدوره، فلا ينسحب على التصرفات السابقة عليه ما لم تكن قد حصلت بطريق

الغش والتواطؤ ، والفتوى فى هذا الخصوص هى على رأى أبـى يوسف وحاصله أن تصرفات السفيه قبل الحجر نافذه " .

(طعن رقم ١٢٨ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/٥/١١)

٤- " إنه لما كان قرار الحجر للسفه ليس له أثر إلا من تـاريخ صدوره ولاينسحب على التصرفات السابقة عليه ما لـم تكـن قـد حصلت بطريق الغش أو التواطؤ كأن يكون المتصرف إليه عالمـا بسفه المحجور عليه ومتواطأ معه في تعامله على تفويت آثار حجر متوقع، وكان ما استخلصته المحكمة من عدم وجود الـدليل علـى تواطؤ الزوجة المتصرف لها مع زوجها المتصرف وقـت انعقـاد البيعه المطعون فيه لصدور العقد قبل تقديم طلـب الحجـر ، ولأن إيراد المتصرف لم يكن يكفى لنفقات معيشته ممـا اضـطره إلـى التصرف فى أطيانه كما تشهد بذلك العقود الأولى الصـادرة منـه فضلا عن أن حالة الزوجة المالية تمكنها من دفع الثمن ، ثـم مـا أوردته من عدم التعويل على قرينة العلاقة والمعاشرة الزوجية فى الاستدلال على هذا التواطؤ – كان هذا منها استخلاصا موضـوعيا جائزا مما تستقل به المحكمة دون رقابة عليها من محكمة الـنقض ولا يكون ثمة وجه للطعن على حكمها بالقصور " .

(طعن رقم ٢٠٦ لسنة ١٨ق جلسة ١٩٥٠/٥/٢٥)

٥- " متى كان الحكم إذ أبطل عقد البيع الصادر من المحجـور

عليه للسفه قبل توقيع الحجر قد أقام قضاءه على أن المشترى كان يعلم عند التعاقد بما اتخذ من إجراءات لتوقيع الحجر على البائع، ومع ذلك فقد تواطأ معه غشا بغية الحصول على العين المبيعة بثمن بخس، فإن فى هذا الذى قرره الحكم ما يفيد توافر عناصر الاحتيال على القانون مما يبطل العقد . ومن ثم فإن ما ينعاه المشترى عليه من خطأ فى تطبيق القانون استنادا إلى أنه جعل لقرار الحجر أثر ينسحب إلى الماضى يكون فى غير محله " .

(طعن رقم ١٩٩ لسنة ١٨ق جلسة ١٩٥١/١/٢٥)

٢٦٣ـ الدفع ببطلان عقد البيع الصادر قبل تسجيل قرار الحجر لا يتطلب وقف الدعوى طالما كانت المحكمة مختصة بالمسألة الأولية :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" وقف الدعوى طبقا لنص المادة ١٢٩ من قانون المرافعات مناطه أن ترى المحكمة ضرورة تعليق حكمها على الفصل فى مسألة أخرى يتوقف عليها الفصل فى موضوع الدعوى وتكون هذه المسألة خارجة عن اختصاصها ، وليس كذلك الدفع ببطلان عقد البيع الصادر قبل تسجيل قرار الحجر الذى يكون للمحكمة أن تفصل فى أوجه البطلان الموجهة إليه متى قدمت من القيم صاحب الصفة فى إبدائها وهو ما لم يتم فى الدعوى ، فيكون ولا مجال

لإعمال ما تنص عليه المادة ١٢٩ من قانون المرافعات " .

(طعن رقم ٩٥٤ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٦/١١/١٩٧٨) [١]

٢٦٤ ـ جزاء حصول التصرف نتيجة استغلال أو تواطؤ :

إذا كان تصرف السفيه أو ذى الغفلة قبل تسجيل قرار الحجر، قد وقع نتيجة استغلال أو تواطؤ ، فإنه يكون باطلا أو قابلا للإبطال لمصلحة السفيه أو ذى الغفلة . وهو ذات الجزاء الذى يسرى على تصرفاتهما التالية لتسجيل قرار الحجر .

فيكون هذا التصرف باطلا ، إذا كان ضارا بالسفيه أو ذى الغفلة ضررا محضا ، كما لو كان التصرف عقد هبة ، ويكون قابلا للإبطال إذا كان التصرف دائرا بين النفع والضرر كالبيع والمقايضة .

٢٦٥ ـ حكم تصرف السفيه وذى الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر :

تنص الفقرة الأولى من المادة (١١٥) على أنه : " إذ صدر تصرف من ذى الغفلة أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر . سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبى المميز من أحكام".

---

(١) منشور بمؤلف المستشار الدكتور محمد شتا ص ٦٣٤ .

ومفاد هذا النص أن تصرف السفيه وذى الغفلة - بعد تسجيل قرار الحجر أو تسجيل طلب الحجر فى ظل العمل بالكتاب الرابع من قانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ وبعد قيد طلب الحجر فى الدفتر الخاص بذلك بالنيابة فى ظل العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ وقرار وزير العدل رقم ١٠٩٠ لسنة ٢٠٠٠ كما رأينا- يجعل كل منهما ناقص الأهلية ويأخذ حكم الصبى المميز.

ومقتضى أخذ السفيه أو ذى الغفلة حكم الصبى المميز ، أنه تثبت لكل منهما أهلية الاغتناء كاملة ، كما إذا تلقى أحدهما هبة من الغير .

أما أهلية إجراء التصرفات الضارة ضررا محضا كما لو وهب مالا للغير أو أبرأ مدينه من دين له ، فالأصل أنها معدومة لدى السفيه وذى الغفلة كما هى معدومة عند الصبى المميز . فإذا أجرى السفيه أو ذو الغفلة أحد هذه التصرفات ، وقع التصرف باطلا بطلانا مطلقا .

ولايستثنى من الأعمال الضارة ضررا محضا ، سوى الوصية والوقف كما سنرى فى شرح المادة (١١٦) .

أما أهلية التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، فلا تثبت للسفيه أو لذى الغفلة إلا ناقصة ، بمعنى أنه إذا أجرى تصرفا بعوض كأن باع أو اشترى وقع تصرفه قابلا للإبطال لمصلحته.

ويستطيع القيم أو المحكمة إبطال التصرف ، كما يستطيع المتصرف ذاته هذا الإبطال بعد رفع الحجر عنه .

وغنى عن البيان أن هذا التصرف تصححه الإجازة كما سنرى[1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" ... لما كان عقد البيع من التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر على أساس أنه تترتب عليه حقوق والتزامات متقابلة فإنه طبقا للمادتين ١/١١٥، ٢/١١١ من القانون المدنى يكون التصرف بالبيع الصادر من المحجور عليه للغفلة أو السفه قابلا للإبطال لمصلحته ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز المحجور عليه التصرف بعد رفع الحجر عنه ، أو إذا صدرت الإجازة من القيم أو

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٨٥- نعمان جمعه ص ٤٦٥ - حسام الدين الأهوانى ص ١٦٨ - وحال مناقشة المادة بلجنة القانون المدنى لاحظ الدكتور حامد زكى بك أن الفقرة الثانية تكلمت عن البطلان والقابلية للبطلان بالنسبة للتصرفات الصادرة من ذى الغفلة قبل تسجيل قرار الحجر .

فقيل له إن تصرفات ذى الغفلة ملحقة بتصرفات الصبى المميز وتصرفات هذا الصبى المميز الدائرة بين النفع والضرر قابلة للإبطال. والضارة ضرر محضا باطلة بطلانا مطلقا لذلك تكون تصرفات ذى الغفلة إما باطلة وإما قابلة للإبطال " .

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ١٢٥) .

من المحكمة بحسب الأحوال وفقا للقانون ، ولما كانت المادة ١/٣٩ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال التى أحالت عليها المادة ٧٨ من ذات القانون فى شأن القوامة تجيز للقيم بشرط الحصول على إذن من المحكمة أن يباشر جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة ، وكان يبين من الحكم المطعون فيه أنه خلص إلى صحة عقد البيع المؤرخ ١٩٦٩/٩/١٧ الصادر من المطعون عليه الثانى وهو محجور عليه للغفلة إلى المطعون عليها الأولى استنادا إلى أن الطاعن وهو القيم أجاز التصرف بالإقرار اللاحق المؤرخ ١٩٧٠/٢/٧ الذى قدمه بصفته المسئول القانونى عن الأسرة للهيئة العامة للإصلاح الزراعى تطبيقا لحكم المادة الرابعة من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ ويتضمن هذا الإقرار أن الملكية الزائدة عن الخمسين فدانا وقدرها ١٤ فدانا و٢٠ قيراطا و١٢ سهما تؤول إلى المطعون عليها الأول وهى زوجة المحجور عليه ، كما استند الحكم إلى أن محكمة الأحوال الشخصية أجازت هذا التصرف بأن صرحت للمحجور عليه ببيع هذا القدر إلى المطعون عليها الأولى على أن يباشره عنه القيم ، وكان القيم وعلى ما سلف ذكره قد أجاز هذا التصرف بتقديم الإقرار إلى الهيئة

العامة للإصلاح الزراعى، ولما كان ما استخلصه الحكم من إجازة التصرف الصادر من المحجور عليه على النحو سالف البيان سائغا ويكفى لحمله ويتفق مع ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ من أنه " يتعين على أفراد الأسرة أن يقدموا للهيئة العامة للإصلاح الزراعى خلال الستة شهور المشار إليها إقرارا عن ملكية الأسرة متضمنا البيانات الآتية (ج) بيان ما وصلت إليه ملكية كل منهم فى نطاق المائة فدان المحتفظ بها طبقا للتصرفات المنصوص عليها فى الفقرة السابقة وبما لاتتجاوز معه ملكية أى فرد منهم الخمسين فدانا " ، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض الدفع ببطلان عقد البيع الصادر من المحجور عليه يكون قد التزام صحيح القانون ، أما ما قرره خطأ من أن البيع الصادر من المحجور عليه يعتبر تصرفا نافعا نفعا محضا فهو تزيد لايؤثر فى سلامة قضائه " .

(طعن رقم ٣٠٨ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٢/٣)

٢٦٦ـ كيفية تسجيل قرار الحجر :

راجع بندى (٢٥٨، ٢٥٩) .

مادة (١١٦)

١- يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحا ، متى أذنته المحكمة فى ذلك .

٢- وتكون أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه لسفه، المأذون له بتسلم أمواله ، صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون.

الشرح

٢٦٧ - صحة تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف والوصية :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحا ، متى أذنته المحكمة فى ذلك .

فرغم أن التصرف بالوقف أو بالوصية من الأعمال الضارة ضررا محضا ، وكان الأصل أنه لايجوز للسفيه أو ذى الغفلة إجراء هذه التصرفات ، إلا أن الفقرة المذكورة أجازت له ذلك إذا أذنته المحكمة .

وقد ورد النص على إجازة الوصية أيضا بالمادة الخامسة من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ التى جرت على أن : " يشترط فى الموصى أن يكون أهلا للتبرع قانونا ، على أنه إذا كان محجورا

عليه لسفه أو غفلة أو بلغ من العمر ثمانى عشرة سنة شمسية جازت وصية بإذن المجلس الحسبى (محكمة الأسرة الآن) .

وعند التصرف بغير إذن المحكمة فإن التصرف لا يأخذ حكم التصرفات الضارة ضررا محضا والتى تعتبر باطلة ، وإنما يأخذ حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر أى تكون قابلة للإبطال لمصلحة المحجور عليه[1].

ويلاحظ هنا الفرق بين السفيه أو ذى الغفلة وبين الصبى المميز، فهذا الأخير لايجوز له أن يجرى من الأعمال الضارة به ضررا محضا إلا الوصية دون الوقف ، وبشرط إذن المحكمة ، وأن يكون قد بلغ من العمر ثمانى عشرة سنة[2].

ولم يعد تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف متأتيا اليوم، لأن الأصل فى إباحته له ، وقفه على نفسه فى حياته أولاً ، وقد ألغى أخيرا – نظام الوقف على غير الخيرات بمقتضى المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ .

---

(١) نعمان جمعه ص ٤٦٦ – حسن كيره ص ٥٨٩ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٨٥ هامش (١).

٢٦٨ ـ أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه للسفه أو للغفلة المأذون له بتسلم أمواله :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن : " وتكون أعمال الإدارة الصادرة من المحجور لسفه ، المأذون له بتسلم أمواله ، صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون " .

فالأصل أن أهلية الإدارة كأهلية التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، فإذا أجرى السفيه تصرفا مما يدخل فى أعمال الإدارة كأن أجر ماله ، وقع تصرفه قابلا للإبطال . إلا أن الفقرة سالفة الذكر أجازت له إدارة أمواله المسلمة إليه كلها أو بعضها، كالحال بالنسبة للصبى البالغ الثامنة عشرة المأذون فى الإدارة . وفى هذه الحالة يصح له أن يجرى أعمال الإدارة فى الحدود المرسومة للصبى المذكور .

ويستمر السفيه أو ذو الغفلة ناقص الأهلية فى الحدود التى ذكرناها إلى أن تقضى المحكمة برفع الحجر عنه(١).

---

(١) والمادة (١١٦) قد حذفت من المشروع النهائى ووضعتها لجنة المراجعة وكان نصها " يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحا متى أذنته المحكمة فى ذلك " وقد اقترح إضافة الفقرة الثانية إلى المادة بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ وجاء بملحق تقريرها أنه : " اقترح إضافة فقرة ثانية إلى المادة ١١٦ نصها "وتكون أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه لسفه المأذون له بتسلم أمواله

ويلاحظ أن الفقرة المذكورة وإن أغفلت ذرك " ذى الغفلـــة" إلا أن المادة ٦٧ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ أجازت له نفس الأمر[١].

وإذا كان المشرع يقتصر على التصريح بالخروج على أصـــل نقص أهلية السفيه أو ذى الغفلة المحجـور عليـه فـى الحـالتين المتقدمتين (أهل الإيصاء والوقـف وأهليـة الإدارة) ، فيجـب ألا يستخلص من ذلك أن الخروج على حكم الأصل فى شـأنه قاصـر على هاتين الحالتين وحدهما . إذ يمكن عن طريق القياس الاعتراف للسفيه أو ذى الغفلة بأهلية أداء كاملة فى الحدود المعترف للصـبى المميز بها، إلا حيث يتعذر هذا القياس لتعارض بعـض الأعمـال المأذون بها هذا الصبى مع حالة السفه أو الغفلة .

ولذلك يكون للسفيه أو ذى الغفلة أهلية التصـرف – كالصـبى

صحيحة فى الحدود التى رسمها القـانون" توخيـا لاسـتكمال الأحكـام الموضوعية الخاصة بناقص الأهلية فى المشروع- وقد قررت اللجنـة الأخذ بهذا الاقتراح وإضافة الفقرة المتقدم ذكرها ".

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ١٢٦ ومابعدها) .

(١) إذ تنص هذه المادة على أنه :

" يجوز للمحجور عليه للسفه أو الغفلة بإذن من المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها وفى هذه الحالة تسرى عليه الأحكام التى تسرى فى شأن القاصر المأذون " .

المميز عموما – فيما يخصص له من مال لأغراض نفقته وفى إبرام عقد العمل الفردى ، وأهلية التصرف – كالصبى البالغ السادسة عشرة– فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره . ولكن لايجوز تسوية السفيه أو ذى الغفلة بالقاصر البالغ الثامنة عشرة من عمره من حيث جواز الإذن له من المحكمة بمباشرة التجارة كما سنرى[١].

٢٦٩ ـ هل يجوز الإذن للمحجور عليه للسفه أو الغفلة بالاتجار؟

لم يرد بالتقنين المدنى ولا بالمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال ما يسمح للمحجور عليه لسفه أو غفلة بمباشرة التجارة . وبالتالى فليس للمحكمة أن تأذن له بذلك .

ولايجوز قياس حالته على حالة القاصر البالغ الثامنة عشرة من عمره من حيث جواز الإذن له من المحكمة بمباشرة التجارة لتنافى حالة السفه والغفلة تنافيا تاما مع تقتضيه التجارة من استقامة واعتدال التدبير وحسن النظر إلى الأمور[٢].

---

(١) محمد كمال عبد العزيز ص ٣٣١ – حسن كيره ص ٥٩٠.

(٢) حسن كيره ص ٥٩٠ – محمد كمال عبد العزيز ص ٣٣١ .

مـــادة (١١٧)

١- إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصـــم ، أو أعمـــى أبكم، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه فـــى التصـــرفات التـــى تقتضـــى مصلحته فيها ذلك .

٢- ويكون قابلا للإبطال كل تصرف مـــن التصـــرفات التـــى تقررت المساعدة القضائية فيها ، متى صدر من الشـــخص الـــذى تقررت مساعدته قضائيا بغير معاونة المساعد، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة .

الشـــرح

المساعدة القضائية:

٢٧٠ ـ المانع الطبيعى بالعاهتين أو العجز الجسمانى الشديد :

قد تعترض الإنسان عاهات تلحق جسمه ، فـــلا تمـــس عقلـــه، ولاتصيب تدبيره ولذلك يبقى كامل الإدراك سليم التـــدبير، ولكنـــه يتعذر عليه بسبب عاهاته أن يعبر عن إرادته تعبيرا صـــحيحا، أو يخشى عليه بسببها من عدم تبين ظروف التصرف الذى يجريـــه . ولهذا يقرر القانون لمثل هذا الشخص نظام المســـاعدة القضـــائية . ومقتضى هذا النظام أن يعين القضاء للشخص الذى نحـــن بصـــدده مساعدا يعاونه فى إجراء التصرف وفى تفهم ظروفـــه ، ويكـــون

بمثابة المترجم له وعنه ، وذلك وفق شروط سنعرض لها في البنـد التالى[١].

٢٧١ – شروط المساعدة القضائية:

لكي تتقرر المساعدة القضـائية للشـخص، يجـب أن يتـوافر الشرطان الآتيان:

١– أن يكون الشخص مصاباً بعاهتين اثنتين من عاهات ثـلاث هي: الصم، والبكم، والعمي. فإذا وجدت عاهـة واحـدة لا يجـوز للمحكمة الحكم بالمساعدة القضائية . فلا يكفى للحكـم بالمسـاعدة القضائية أن يكون الشخص أعمى فقط ولو كان مولـودا أعمـى أو كان أعمى منذ طفولته الأولى بل يجب أن يكون أعمـى أصـم أو أعمى أبكم . كذلك لايكفى أن يكون أصم[٢].

---

(١) وحال مناقشة المادة (١٠١٧) بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ قـال عبده محرم بك تعليقا على هذه المادة إن نظرية المساعدة القضائية نظريـة جديدة وهى تقرر للأشخاص ذوى العاهات الجسمانية منعا من وقوعهم فى خطر التصرفات ، وقد تضمن قانون المحاكم الحسبية أحكام هذه النظريـة وهذه المساعدة ليست نوعا من أنواع الحجر لنقص فى الأهلية بل هى نوع من الحماية لمثل العمى والصم والبكم ولايفـوتنى أن أقـرر أن المسـاعد القضائى تحدد مأموريته فى القرار الذى يصدر من المحكمـة الحسـبية بإقامته (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ١٢٩ ومابعدها) .

(٢) حسام الدين الأهوانى ص ١٧١ ومابعدها – محمد عبد الوهاب خفـاجى ص ٢٦٠.

ويلاحظ أن الصمم إذا كان موجودا منذ الولادة فلا بد أن يكون الشخص أبكم لأن النطق يرجع إلى تقليد الإنسان ما يسمعه فإذا لم يكن الإنسان قد سمع البتة منذ ولادته فإنه لا يستطيع أن يقلد أصوات غيره لذلك كان أبكم ومن ثم كان التلازم بين الصمم والبكم[١].

٢- أن يكون من شأن إصابة الشخص بالعاهتين ، أن يتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته .

والمقصود بذلك أن يكون من شأن هذه الإصابة منع الشخص من الإلمام بعناصر الواقع ومنعه أيضا من التعبير عن إرادته الداخلية مما يترتب عليه وجود فاصل أو فجوة بين الإرادة الباطنة وبين الإرادة المعلن عنها[٢].

أما إذا لم يترتب على إصابة الشخص بالعاهتين شيئ من ذلك ، فلا تفرض المساعدة القضائية . كما لو كان ذو العاهتين قد تلقى تعليما يساعده على التعبير عن إرادته بأى طريقة من طرق التعبير لاسيما أن تقدم العلم قد بلغ الآن فى التعليم المهنى لذوى العاهات درجة كبيرة، يمكن معها استبعاد قرينة أن هؤلاء بسبب ، إصابتهم بالعاهتين ليس عندهم من القوى الإدراكية ما يجعلهم قادرين على

(٣) الدكتور عبد الحى حجازى ص ١٢٢ .

(١) حسن كيره ص ٥٩٣ – نعمان جمعه ص ٤٦٩ .

القيام على أمر نفسهم [١].

وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان من شأن العاهتين أن يتعذر على صاحبهما التعبير عن إرادته من عدمه ، وذلك دون معقب عليه من محكمة النقض [٢].

٢٧٢ ـ إضافة حالة العجز الجسمانى الشديد بالمادة (٧٠) من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ :

نصت المادة (٧٠) من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على حالة إصابة الشخصين بعاهتين وتعيين مساعد قضائى له ، وشرطى ذلك اللذين تعرضنا لهما فى البند السابق . ثم أضافت حالة أخرى تبرر تعيين المساعد القضائى هى إصابة الشخص بـ "عجز جسمانى شديد " .

إذ نصت المادة المذكورة على أنه :

" إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه فى التصرفات المنصوص عليها فى المادة ٣٩[٣].

---

(٢) عبد الحى حجازى نظرية الحق الطبعة الثانية ١٩٥١-١٩٥٢ ص١٢٢.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٨٩ .

(١) وهى التصرفات التى لايجوز للوصى إجراؤها إلا بإذن المحكمة .

ومن ثم فإنه من تاريخ العمل بالمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسـنة ١٩٥٢ أصبح من الجائز تعيين مساعد قضائى لـذى العـاهتين – بالتفصيل السابق – ولمن أصابه " عجز جسمانى شـديد " ، أيضـا وذلك إذا كان يخشى من انفراد الشخص بمباشرة التصـرف فـى ماله. وهو بمعنى الشرط الثانى السابق الذى ذكرته المـادة ١/١١٧ مدنى بالنسبة لذى العاهتين وهو أن يتعذر على الشخص بسبب ذلك التعبير عن إرادته .

ومثل هذا العجز الجسمانى الشديد، الشلل النصـفى والضـعف الشديد ، وضعف السمع والبصر ضعفا شديدا لايبلغ مبلغ الصمم أو العمى أو ما إلى ذلك (١).

ويمكن القول أن العجز الجسمانى الشديد لايرقى إلى حد العاهة وإنما هو أقل منها (٢).

ويعزى إضافة هذه الحالة بالمرسوم بقانون سالف الذكر ، إلـى أن المساعدة القضائية تفرض لمعاونة أشـخاص يملكـون سـلامة الحكم، ولكن دون أن تتوافر لهم عناصـر الإلمـام بـالواقع فـى التصرفات إلماما يؤهل لإعمال ملكة الحكم إعمـالا صـحيحا فـى شأنها . ولذلك رؤى أن يضاف العجز الجسمانى الشديد حتى تكون

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .
(٢) المستشار محمد عبد الوهاب خفاجى ص ٢٦٣ .

سلطة المحكمة فى تقرير المساعدة القضائية مرنة ، تتناول جميع الصور التى لايطمأن فيها إلى توافر القدرة على إلمام الشخص بعناصر الواقع فى تصرف من التصرفات بسبب عاهة أو حالة مرضية على الوجه المبين فى النص (١).

٢٧٣ـ التصرفات التى تخضع للمساعدة القضائية :

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة (١١٧) من التقنين المدنى تترك تعيين التصرفات التى تخضع للمساعدة القضائية للمحكمة . فالفقرة تنص على أن : " جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه فى التصرفات التى تقضى مصلحته فيها ذلك " .

أما المادة (٧١) من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فقد حددت هذه التصرفات بالتصرفات المنصوص عليها فى المادة (٣٩)، وهى التصرفات التى لايجوز للوصى مباشرتها إلا بإذن المحكمة. فقد جاء بها أن المساعد القضائى يعاون الشخص "فى التصرفات المنصوص عليها فى المادة ٣٩" – وقد عللت المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون ذلك بقولها :

" ... وقد آثر المشروع أن يعين التصرفات التى تتقرر فى شأنها المساعدة بنص واضح ضمانا لاستقرار المعاملات " .

---

(٣) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ – عبد المنعم البدراوى ص ١٦٦ ومابعدها .

والتصرفات التى تقررت المساعدة القضائية بشأنها والواردة فى المادة ٣٩ من المرسوم بقانون هى :

أولاً : جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله. وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة.

ثانياً : التصرف فى المنقولات أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية فيما عدا ما يدخل فى أعمال الإدارة .

ثالثا : الصلح والتحكيم إلا فيما قل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة .

رابعاً: حوالة الحقوق والديون وقبول الحوالة .

خامساً : استثمار الأموال وتصفيتها .

سادساً : اقتراض المال وإقراضه .

سابعاً : إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية ولمدة أكثر من سنة فى المبانى .

ثامناً : إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة .

تاسعاً : قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها .

عاشراً : الإنفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم إلا إذا كانت النفقة مقضياً بها بحكم واجب النفاذ .

حادى عشر : الوفاء الاختيارى بالالتزامات التى تكـون علـى التركة أو على القاصر .

ثانى عشر : رفع الدعاوى إلا ما يكون فى تأخير رفعه ضـرر بالقاصر أو ضياع حق له .

ثالثا عشر: التنازل عن الحقوق والدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ورفع الطعون غير العادية فى الأحكام .

رابع عشر : التنازل عن التأمينات وإضعافها .

خامس عشر : إيجار الوصى أموال القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأحد أقاربهما إلى الدرجة الرابعة أو لمن يكون الوصى نائباً عنه .

سادس عشر: ما يصرف فى تزويج القاصر .

سابع عشر : تعليم القاصر إذا احتاج للنفقة والإنفـاق الـلازم لمباشرة القاصر مهنة معينة .

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن نص المادة ١/١١٧ مدنى الذى أطلق التصرفات التى تخضع للمساعدة القضـائية ، وجعلهـا خاضعة إلى تقدير القاضى ، هو نص عام ، يقيده نص المادة (٧٠) من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ باعتباره نصا خاصا، ومـن ثم لايجوز تقرير المساعدة القضائية ، إلا بالنسبة للتصرفات الواردة

بالمادة ٣٩ من المرسوم بالقانون[١].

بينما ذهب الرأى الغالب فى الفقه إلى أن تحديد هذه التصرفات فى المادة٧٠ من المرسوم بقانون لايقصد به إلا إقامة قرينة قانونية على أن هذه التصرفات المحددة تقتضى مصلحة ذى العاهتين أو من به عجز فى تقرير المساعدة فيها بحيث يعفى بذلك من إقامة الدليل فى شأنها على توافر هذه المصلحة . ولذلك ليس ثمة ما يمنع فى غيرها من التصرفات وحيث تتخلف هذه القرينة ، من تحمل عبء إقامة الدليل على توافر مثل هذه المصلحة لتقرير المساعدة فى مباشرتها كذلك [٢].

ويدلل بعض أنصار هذا الرأى على ذلك بأن المادة (٣٩) لم تشر إلى التبرعات . والسبب ، فى هذا أن هذه المادة وردت أصلا بشأن تحديد التصرفات التى يجب فيها على وصى القاصر استئذان المحكمة ، والتبرع محظور على الوصى إطلاقا ، ولايجوز استئذان المحكمة فيه ، إلا أن يكون لأداء واجب إنسانى أو عائلى (م٣٨ من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢) ومع ذلك فإن التبرعات لايجوز

---

(١) الدكتور اسماعيل غانم النظرية العامة للحق ص ٢١٥- المستشار مصطفى هرجه ص ٢١٤ .

(١) حسن كيره ص ٥٩٤ هامش (١) - نعمان جمعه ص ٤٦٨- عبد المنعم البدراوى ص ١٦٩ - المستشار محمد كمال حمدى ص ٢٧٠.

أن ينفرد بها من تقررت مساعدته قضائيا . فلابد أن يشترك فيهـا معه المساعد القضائى ، وهذا الجكم ظاهر ، لأنه لا يعقل أن تتقرر المساعدة فى تصرفات دائرة بين النفع والضرر ، ولاتنبسط علـى التصرفات الضارة ضررا محضا ، إذ هى تدخل أيضا فى مضمون التصرفات التى تقتضى مصلحته فيها ذلك المشار إليها فى الفقـرة الأولى من المادة ١١٧ مدنى (١).

٢٧٤ـ تعيين المساعد القضائى :

يعين المساعد القضائى بناء على طلب من الشخص نفسه أو من كل ذى مصلحة ، ويعتبر من ذوى المصلحة مـن يرغـب إبـرام تصرف مع الشخص .

ويقدم الطلب إلى نيابة شئون الأسرة الجزئية(٢) أو إلى المحكمة إلا إذا رأت نيابة شئون الأسرة الكلية اختصاصها بذلك .

وتقوم المحكمة بفحص هذا الطلب وتقدر مدى حاجة الشـخص للمعاونة . فإن اقتنعت المحكمة بذلك قررت تعيين مساعد قضـائى

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ١٦٩ ومابعدها – المستشار محمد كمال حمدى ص ٢٧٠.

(٢) الكتاب الدورى الصادر من مكتب النائب العام المساعد مدير التفتيش القضائى رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٤ بشأن اختصاصات نيابة شئون الأسرة – منشور بتعليمات النائب العام بشأن تطبيق أحكام قانون إنشـاء محـاكم الأسرة الصادر بالقانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤ ص ٢٣ .

لهذا الشخص .

ولا تنتهى المساعدة القضائية إلا بقرار من المحكمة برفعها .

وإذا قررت المحكمة تعيين مساعد قضائى دون أن تبين فى قرارها التصرفات التى يباشرها المساعد القضائى فإنها بذلك تكون قد أطلقت للمساعد القضائى كافة التصرفات التى يجوز له مباشرتها طبقا للقانون . أما إذا حددت التصرفات التى يباشرها المساعد القضائى فإنه لا يجوز له أن يباشر غيرها من التصرفات .

٢٧٥ ـ مهمة المساعد القضائى :

بينت المادة (٧١) مهمة المساعد القضائى فقضت بأن يشترك مع من تقررت له المساعدة فى التصرفات المنصوص عليها بالمادة(١).

فليس المساعد القضائى بمثابة نائب قضائى ينفرد بالتصرف قائما فيه مقام الأصيل ، وإنما هو معاون يشترك معه فيه .

ولذلك ينظر فى مجال التحقق من سلامة الإرادة إلى شخص الأصيل لا شخص المساعد القضائى (٢).

وقد يرى المساعد القضائى أن الصفقة فى غير مصلحة من تقررت له المساعدة فيمتنع عن الاشترك فى التصرف . ولذلك واجهت الفقرة الثانية من المادة (٧١) هذه الحالة ونصت على أنه :

---

(١) راجع بند (٢٧٠) .

(٢) المستشار محمد كمال حمدى ص ٢٧٤ .

"وإذا امتنع عن الاشتراك فى تصرف جاز رفع الأمر إلى المحكمة فإن رأت أن الامتناع فى غير محله أذنت المحكوم بمساعدته بالانفراد فى إبرامه أو عينت شخصا آخر للمساعدة فى إبرامه وفقا للتوجيهات التى تبينها فى قرارها[١]. نظره فى الامتناع عمل بقراره ولم يجز لمن تقررت له المساعدة أن ينفرد بالتصرف وإلا كان قابلا للإبطال .

وبديهى أن المحكمة إذا أقرت المساعد على وجهة نظره فى الامتناع عمل بقراره ولم يجز لمن تقررت له المساعدة أن ينفرد بالتصرف وإلا كان قابلا للإبطال[٢].

٢٧٦ـ امتناع المقرر له المساعدة عن القيام بتصرف معين يعرض أمواله للخطر :

قد يوجد من الحالات ما قد يحجم فيه من تقررت له المساعدة عن القيام بتصرف معين ، ويرى المساعد القضائى أن هذا الإحجام خطر على مال من تقررت له المساعدة . كما لو تعلق الأمر بطلب تصفية أموال درءا لخطر هبوط أسعارها أو برفع دعوى يترتب على التراضى فى رفعها سقوط حق وما شابه ذلك[٣]. وقد واجهت

---

(٣) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٩٢ .

(١) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

(١) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

ذلك الفقرة الثالثة من المادة (٧١) ونصت على أنه : "وإذا كان عدم قيام الشخص الذى تقررت مساعدته قضائيا بتصرف معين يعرض أمواله للخطر جاز للمساعد رفع الأمر إلى المحكمة ولها أن تـأمر بعد التحقيق بانفراد المساعد بإجراء هذا التصرف".

ولاجدال أنه فى خصوصية هذه الحالة يكون المساعد القضائى نائبا قضائيا عن الشخص الذى تقررت له المساعدة[١].

٢٧٧ ـ اعتبار المساعد القضائى فى حكم النائب فى تطبيق أحكام المواد (١٠٨ ، ٢٨٢ ، ٤٧٩) مدنى :

رؤى أن يعامل المساعد القضائى بمقتضى نص خاص معاملة الوصى ، لوجود أوجه الشبه بين مهمتهما من حيث الواقع ، رغم اختلافهما من حيث التكييف القانونى .

فتنص المادة (٧٢) على أن : " يسرى على المساعد القضائى حكم المادة (٥٠) من هذا القانون " .

والمادة الأخيرة تنص على أن : " على الوصى خلال الثلاثين يوما التالية لانتهاء الوصاية أن يسلم الأموال التى فى عهدته بمحضر إلى القاصر متى بلغ سن الرشد أو إلى ورثته أو إلى الولى أو الوصى المؤقت على حسب الأحوال وعليه أن يودع قلم الكتاب

---

(٣) محمد كمال حمدي ص ٢٧٥.

في الميعاد المذكور صورة من الحساب ومحضر تسليم الأموال " .

وتنص المادة ٧٣ على أن : " يعتبر المساعد القضائي في حكم النائب في تطبيق أحكام المـواد ١٠٨، ٢٨٢، ٤٧٩ مـن القـانون المدني".

والمادة ١٠٨- كما رأينا- هي الخاصة بمنع تعاقد الشخص مع نفسه باسم من ينوب عنه ، والمادتين ٣٨٢ ، ٤٧٩ خاصتان بعـدم سريان التقادم بين الأصيل والنائب فيما يكون النائـب مـدينا بـه للأصيل أو العكس . فالمساعد القضائي وإن لم يكـن نائبـا عمـن تقررت مساعدته قضائيا ، إلا أن الاعتبارات التي تبرر هذا المنـع تتوافر هنا بقدر توافرها بالنسبة إلى النائبين عن عـديمي الأهليـة بوجه عام[١].

٢٧٨ ـ حكم تصرف من تقررت له المساعدة القضائية بغير معاونة المساعد:

تنص الفقرة الثانية من المادة (١١٧) على أنه : " ويكون قـابلا للإبطال كل تصرف من التصرفات التي تقررت المساعدة القضائية فيها ، متى صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته قضائيا بغيـر معاونة المساعد، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة " .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ – عبـد المـنعم البدراوي ص ١٧١ .

وعلى ذلك يتعين التفرقة فى بيان حكم التصرفات التى يجريها من تقررت له المساعدة دون اشتراك المساعد القضائى بين حالتين:

٢٧٩ ـ الحالة الأولى : التصرفات التى يجريها من تقررت له المساعدة قبل تسجيل قرار تعيين المساعد القضائى :

التصرفات التى يجريها من تقررت له المساعدة قبل تسجيل قرار تعيين المساعد القضائى أو قبل تسجيل طلب تعيينه – فى ظل أحكام الكتاب الرابع المضاف إلى قانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩، أو بعد قيد طلب تعيين المساعد القضائى فى السجل الخاص بذلك فى النيابة فى ظل العمل بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ والقرار الوزارى رقم ١٠٩٠ لسنة ٢٠٠٠[١] تظل صحيحة فى حدود القواعد العامة . والسبب فى ذلك أن ذا العاهتين أو العجز الجسمانى الشديد لايعتبر ناقص الأهلية إلا بعد أن يحكم بالمساعدة القضائية ويتم التسجيل أو القيد على النحو الذى أشرنا إليه .

أما إذا ثبت أن الشخص المذكور قد وقع مثلا فى غلط ، فإن القواعد العامة تطبق فى هذه الحالة ويحوز له أن يطلب إبطال التصرف على أساس الغلط على نحو ما تقتضيه القواعد القانونية العامة .

---

(١) راجع بند (٢٥٩) .

٢٨٠ ـ الحالة الثانية : التصرفات التى يجريها من تقررت له المساعدة بعد تسجيل قرار تعيين المساعد القضائى :

التصرفات التى يجريها من تقررت له المساعدة ، بعد تسجيل قرار المساعدة أو طلب المساعدة ، أو قيد طلب المساعدة فى السجل الخاص بذلك بالنيابة حسب الأحوال ، تقع قابلة للإبطال لصالحه وحده ، دون المتعامل معه ، لأن الشخص الذى تقررت مساعدته يكون قد انقلب ناقص الأهلية ، ولكن نقص أهليته يكون عندئذ قانونيا لا طبيعيا .

والتصرف وإن كان قابلا للإبطال لمصلحة من تقررت له المساعدة ، فإنه يكون للمساعد القضائى إما المطالبة بالإبطال أو إجازة التصرف ، كما أن لمن تقررت مساعدته حق المطالبة بالإبطال بعد انتهاء المساعدة القضائية المفروضة عليه[1].

ولما كان البطلان مقررا لمصلحة من تقررت له المساعدة، ومن ثم يكون نسبيا ، ولايخضع فى تقادمه للمادة ١٤٠ من التقنين المدنى لانحصارها فى نقص الأهلية والغلط والتدليس والإكراه ، وبالتالى يخضع للفقرة الثانية من المادة ٢٤١ من ذات القانون ، فتسقط دعوى الإبطال بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص٢٩١ ومابعدها- عبد المنعم البدراوى ص ١٧١ ومابعدها- المستشار محمد كمال حمدى ص ٣٧٢ .

أما إذا كان التصرف صادرا قبل تسجيل قرار المساعدة بالتفصيل السابق – وتوافر البطلان لغلط أو تدليس أو إكراه ، سقطت دعوى البطلان بمضى ثلاث سنوات من الوقت الذى ينكشف فيه الغلط أو التدليس ، أو من وقت انقطاع الإكراه ، وإلا بمضى خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد عملا بالمادة ١٤٠ من التقنين المدنى[١].

٢٨١ ـ كيفية التسجيل :

راجع بندى (٢٥٨، ٢٥٩) .

٢٨٢ ـ أحكام المساعد القضائى وعزله :

يسرى بالنسبة لتعيين المساعد القضائى وعزله ، الأحكام المتبعة بالنسبة لتعيين القيم وعزله وأحكام القوامة الأخرى . كما تسرى عليه أحكام الجزاءات المنصوص عليهافى المواد ٨٤ ومابعدها من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

---

(٢) المستشار أنور طلبه ص ٤٩٩ .

مــادة (١١٨)

التصرفات الصادرة من الأولياء والأوصياء والقــوام ، تكــون صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون .

الشــرح

٢٨٣ـ تصرفات الأولياء والأوصياء والقوام :

تنص المادة علــى أن التصــرفات الصــادرة مــن الأوليــاء والأوصياء والقوام ، تكون صحيحة فــى الحــدود التــى رســمها القانون.

والقانون الذى تحيل إليه المادة هو المرسوم بقانون رقــم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال .

ولما كانت الدراسة التفصيلية لهذا المرســوم بقــانون مجالهــا مؤلفات قانون الأحوال الشخصية للولاية على المال . فإننــا هنــا نكتفى بنشر المرسوم بقانون المذكور فى نهاية شرح المادة ، كمــا نورد فيما يلى قضاء محكمة النقض الصادر فى تصرفات الأوليــاء والأوصياء والقامة.

٢٨٤ـ قضــاء محكمــة الــنقض فــى التصــرفات الصــادرة مــن الأولياء :

١- " إن اتجار الأب بصفته وليا على ابنه ليس بذاته فى حكــم القانون موجبا لمسئولية الأب فى جميع ماله ولا لإشهار إفلاسه هو

شخصيا متى كانت صفة الولاية على ابنه معروفة للمتعاملين بإشهار عقد الشركة . ولكنه يكون موجبا لذلك إذا ثبت أن الولى كان مستترا تحت صفة الولاية عاملا لحساب نفسه . ومن ثم يكون متعينا على المحكمة إذا ما هى قضت بإفلاس الأب أن تبين العناصر الواقعية التى تصلح أساسا لقضائها بذلك وإلا كان حكمها باطلا " .

(طعن رقم ١١٧ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/٣/٤)

٢- " نيابة الولى عن القاصر نيابة قانونية ، ويتعين عليه حتى ينصرف أثر العمل الذى يقوم به إلى القاصر أن يكون هذا العمل فى حدود نيابته أما إذا جاوز الولى هذه الحدود فإنه يفقد صفة النيابة ولاينتج العمل الذى قام به أثره بالنسبة إلى القاصر ولايجوز الرجوع على هذا الأخير إلا بقدر المنفعة التى عادت عليها بسببها".

(طعن رقم ٥٠٨ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٧/١/٣١)

٣- " إذا كان الواقع فى الدعوى أن العقد استوفى ظاهريا الأركان القانونية لعقد البيع المنجز من بيع وثمن ، وأنه صدر من الطاعن بصفته الشخصية إلى نفسه بصفته وليا شرعيا على أولاده المطعون عليهم وقت أن كانوا قصرا وكانت المادة ٤٨٧ من القانون المدنى تجيز للولى الشرعى أن ينوب عن الموهوب له فى قبول الهبة ولو كان هو الواهب ، فيكون له أن يتعاقد مع نفسه ،

فإن التصرف المعقود باعتباره هبة مستترة فى صورة البيع تكون قد توافرت له شرائط الصحة " .

(طعن رقم ٦٦٩ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٩/٣/١٤)

٤- تصرف الأب بالبيع المنجز فى عقار يملكه إلى ابنه القاصر يعتبر تصرفا صحيحا نافذا سواء كان فى حقيقته بيعا أو هبة مستترة فى صورة عقد بيع ، وبتسجيله تنتقل ملكية العقار المبيع إلى القاصر ، ولايترتب على ثبوت صورية الثمن سوى إعفاء الأب من تقديم حساب عن هذا العقار ومن الحصول على إذن من محكمة الأحوال الشخصية عند تصرفه فيه بصفته وليا شرعيا على ابنه القاصر وذلك بالتطبيق لنص المادة ١٣ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فى شأن الولاية على المال " .

(طعن رقم ١٥٨٩ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٠/٥/١٩)

٥- " المرسوم بقانون رقم ١١٩ سنة ١٩٥٢ بشأن الولاية على المال فى الفصل الأول منه الخاص بالولاية خص الأب وحده دون الجد بالاستثناء المنصوص عليه فى المادة ١٣ منه والتى تنص على أنه لا تسرى القيود المنصوص عليها فى هذا القانون على ما آل للقاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحا كان التبرع أو مستترا ولايلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال ، ولو أراد المشرع مد هذا الحكم على الجد لنص على ذلك صراحة كما نص

عليه للأب ولما خص الجد بما نص عليه فى المادة ١٥ منه على أنه لا يجوز للجد بغير إذن المحكمة التصرف فى مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها فجاء نصه فى ذلك صريحا وواضحا وشاملا مال القاصر كله دون استثناء مما لامحل معه لقياس حالة الجد على حالة الأب ولا موجب للرجوع إلى أحكام تناقض أحكام القانون وتتعارض معها " .

(طعن رقم ١١ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/١/٢)

٦- "يدل النص فى المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال على أن الصبى المميز ليست له فى الأصل أهلية التصرف فى أمواله ، فلا يملك الصلح على الحقوق . إلا أنه يجوز لوليه إذا كان هو الأب أن يصالح على حقوقه ، ولكن يجب عليه الحصول على إذن المحكمة إذا كان محل الصلح عقارا أو محلا تجاريا أو أوراقا مالية تزيد قيمتها على ثلاثمائة جنيه".

(طعن رقم ١٠٢٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٠/٢/٧)

٧- (أ)- " النص فى المادة السابعة من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال على أنه " لايجوز للأب أن يتصرف فى العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلاثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة ولايجوز للمحكمة أن

ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر فى خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة ، يدل على أنه يجوز للولى إذا كان هو الأب أن يصالح على حقوق القاصر ، ولكن يجب عليه الحصول على إذن المحكمة إذا كان محل الصلح عقارا أو محلا تجاريا أو أوراقا مالية تزيد قيمتها على ثلاثمائة جنيه وأن له دون إذن قبض المستحق للقاصر ".

(ب)- " يجب على المحكمة الاستئنافية أن تبين مقدار التعويض النهائى وما قبضه الولى الطبيعى ، ومقدار الباقى منه ليتبين لها إن كان للولى الطبيعى التنازل عنه دون إذن المحكمة المختصة من عدمه " .

(ج)- " لما كان الحكم المطعون فيه قد قدر التعويض عن الضرر الأدبى الذى لحق القصر بمبلغ خمسمائة جنيه لكل منهم وهو ذات ما قضى به الحكم الابتدائى لهم ، ومن ثم فإن التخالص والتنازل المؤرخ ١٩٨٩/٦/٢٧ لم يتضمن تنازل المطعون ضده الأول بصفته وليا على القصر عن شىء من حقهم فى التعويض المستحق بل اقتصر – فى حقيقته – على قبض المستحق لهم فيه فلا يتطلب الحصول على إذن المحكمة وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واطرح ذلك الإيصال ولم يقض فى موضوع الاستئناف وفقا لما تضمنه فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى

تطبيقه " .

(طعن رقم ٦٦٧٧ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٦/٣/١٢)

٨- (أ)- " إن النص فى المادة ١/٧ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال على أن " لايجوز للأب أن يتصرف فى عقار القاصر أو فى محله التجارى، أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلاثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة " والنص فى المادة ١٣ منه على أن " لاتسرى القيود المنصوص عليها فى هذا القانون على ما آل للقاصر من مال بطريق التبرع من أبيه ، صريحا كان التبرع أو مستترا ، ولايلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال - يدل على أن المشرع استهدف حماية مال الصغير ووضع قيود على سلطة الولى الأب فى التصرف فى هذا المال ومن بينها وجوب استئذان محكمة الأحوال الشخصية قبل التصرف فيما تزيد قيمته على ثلاثمائة جنيه منه ، وإلا كان تصرفه غير نافذ فى حق الصغير ، ولم يستثن المشرع من ذلك إلا ما يكون الأب قد تبرع به من مال لصغيره حيث يكون له التصرف فيه بجميع التصرفات القانونية دون قيد على سلطته فى هذا الخصوص".

(ب)- " لما كان ما يقر به الأب من أنه تبرع بالمال المتصرف فيه للقاصر المشمول بولايته هو دليل لصالحه من شأنه أن يطلق

يده فى التصرف فى ذلك المال ، فإن للقاصر بعد بلوغه سن الرشد ولوصى الخصومة عنه قبل بلوغ هذه السن أن يثبت بطرق الإثبات كافة عدم صحة هذا البيان ، ولو كان قد أدرج فى عقد مسجل ، وذلك لأنه إدارجه فى العقد يتم بناء على ما يدلى به الأب ، وليس نتيجة تحريات تجريها جهات الشهر " .

(ج)- " المقرر أنه إذا أقر الولى الشرعى فى العقد بأن والدة القصر المشمولين بولايته هى التى تبرعت لهم بثمن البيع ، فهذا دليل لصالح القصر فى إثبات هذه الواقعة القانونية لايجوز للأب مع قيامه العدول عن إقراره أو التنصل منه أو الرجوع فيه بمحض إرادته ، ولكن يجوز له أن يثبت أن إقراره شابه خطأ مادى بحت لدى التعبير عن إرادته - فيطلب تصحيح هذا الخطأ - أو أن هذه الإرادة داخلها عيب من عيوب الإرادة فى الحدود التى تسمح بها القواعد العامة فى الإثبات باعتبار أن الإقرار تصرف قانونى من جانب واحد يجرى عليه من الأحكام ما يجرى على سائر التصرفات القانونية - فيكون ذلك إظهارا لإقرار ثبت بطلانه - ومن ثم يجوز له التنصل منه ".

(طعن رقم ٣١٠١ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢٠٠١/٦/٥- لم ينشر بعد)

٢٨٥ ـ قضاء محكمة النقض في التصرفات الصادرة من الأوصياء:

١-(أ)- " للوصى حق رفع الدعاوى والطعن فى الأحكام التى تصدر لغير مصلحة من يقوم على ماله بطرق الطعن العادية وغير العادية . أما ما ورد فى الفقرتين ١٢ ، ١٣ من المادة ٣٩ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال من وجوب استئذان محكمة الأحوال الشخصية إذا أراد الوصى رفع دعوى أو إقامة طعن من الطعون غير العادية فهو ليس بشرط لقبول الدعوى أو الطعن وإنما قصد به إلى رعاية حقوق ناقصى الأهلية والمحافظة على أموالهم فهو إجراء شرع لمصلحة هؤلاء دون خصومهم ومن ثم فلا يصح لهؤلاء الخصوم التمسك به " .

(ب)- " تسرى القاعدة السابقة على الوصى بالخصومة إذا أطلق قرار تنصيبه ولم يحدد له مرحلة معينة للتقاضى " .

(طعن رقم ٦ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٦/١٠/٢٥)

٢ - " إن الوصى فى قيامه على إدارة أموال القاصر مطالب أن يرعى هذه الأموال وأن يبذل فى ذلك من العناية ما يطلب من الوكيل المأجور فى إدارة أموال موكله وفقا لما تقضى به المادة ٣٦ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على الغير . أما ما ورد فى الفقرتين ١٢ ، ١٣ من المادة ٣٩ من القانون رقم ١١٩ لسنة

١٩٥٢ المشار إليه من وجوب استئذان محكمة الأموال الشخصية إذا أراد الوصى رفع دعوى ضد الغير فإنما قصد به رعاية حقوق ناقصي الأهلية والمحافظة على أموالهم فهو إجراء شرع لمصلحة هؤلاء دون خصومهم ومن ثم فلا يصح لهؤلاء الخصوم التمسك به".

(طعن رقم ٤١ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/٥/١٨)

٣- " الوصاية نوع من أنواع النيابة القانونية ، تحل بها إرادة الوصى محل إرادة القاصر مع انصراف الأثر القانونى ، إلى ذلك الأخير ، ولئن كانت المادة ٣٩ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال قد تضمنت بيانا بالتصرفات التى لايجوز أن يباشرها الوصى إلا بإذن من محكمة الأحوال الشخصية، ومن بينها التحكيم الذى أنزلته الفقرة الثالثة منها منزلة أعمال التصرف اعتبارا بأنه ينطوى على التزامات متبادلة بالنزول على حكم المحكمين ، إلا أن استصدار هذا الإذن فى الحالات التى يوجب فيها القانون ذلك ليس بشرط للتعاقد أو التصرف ، وإنما قصد به – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- إلى رعاية حقوق ناقصى الأهلية والمحافظة على أموالهم بالنسبة لتصرفات معينة ارتأى الشارع لخطورتها ألا يستقل الوصى بالرأى فيها، فنصب من محكمة الأحوال الشخصية للولاية على المال رقيبا عليه

فى صددها . وهو بهذه المثابة يعد إجراء شرع لمصلحة القصر دون غيرهم . وإذ كان الأمر فى الدعوى الماثلة أن مشارطة التحكيم أبرمت بين الطاعن والمطعون عليها عن نفسها ونيابة عن أولادها القصر بعد أن رفضت محكمة الأحوال الشخصية الإذن لها بذلك كما رفضت التصديق على حكم المحكمين عقب صدوره ، فإنه لايكون للطاعن الحق فى التمسك ببطلان حكم المحكمين ويكون ذلك الحق مقصورا على المحتكمين من ناقصى الأهلية الذين صدر حكم المحكمين حال قصرهم ، وذلك بعد بلوغهم سن الرشد).

(طعن رقم ٢٧٥ لسنة ٣٦ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧١/٢/١٦)

٤- " ما ورد فى الفقرتين ١٢، ١٣ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال من وجوب استئذان محكمة الأحوال الشخصية إذا ما أريد رفع دعوى أو إقامة طعن من الطعون غير العادية إنما قصد به – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – رعاية حقوق ناقصي الأهلية والمحافظة على أموالهم ومن ثم فهو إجراء شرع لمصلحة هؤلاء دون خصومهم فلا يصح لهؤلاء الخصوم التمسك به " .

(طعن رقم ١٤٥ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/٤/٩)

٥- " لما كان النص فى المادة ٣٩ من المرسوم بقانون ١٩٥٢/١١٩ بأحكام الولاية على المال . قد حظر على الموصى

مباشرة تصرفات معينة إلا بإذن من المحكمة من بينها جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من هذه الحقوق فإنه ينبنى على ذلك أن الوصى إذا باشر تصرفا من هذه التصرفات دون إذن المحكمة يكون متجاوزا حدود نيابته ويفقد بالتالى – فى إبرامه لهذا التصرف – صفة النيابة فلا تنصرف آثاره إلى القاصر ".

(طعن رقم ٨٧٢ لسنة ٥١ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٨٢/٥/١٣)

٦– " لما كان مفاد نص المادة ٣٩ من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢– وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن المشرع حظر على الوصى مباشرة تصرفات معينة إلا بإذن المحكمة ومن بينها جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء، حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من هذه الحقوق فإنه ينبني على ذلك أن الوصي إذا باشر تصرفا من هذه التصرفات دون إذن المحكمة يكون متجاوزا حدود نيابته القانونية عن القاصر ، ويكون هذا التصرف باطلا بطلانا نسبيا لمصلحة القاصر لتعلقه فى هذه الحالة بأهلية ناقصة أوجب القانون إذن المحكمة لتكملتها فإذا صدر الإذن اكتملت للعقد شروط صحته وارتد الإذن إلى تاريخ إبرام العقد، فإذا

تضمن الإذن شروطاً معينة ونفذ بعضها دون البعض فليس مــؤدى ذلك تعليق نفاذ العقد طالما أن ما لم ينفذ من الشروط كان الغــرض منها حفظ حق القاصر قبل المشترى والوصى ولم يكــن الغــرض منها البيع على شرط واقف " .

(طعن رقم ٢١٤٣ لسنة ٥٢ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٠/١٢/١٩٨٦)

٧- " مفاد نص المادة ١/٤٧ من المرسوم بقــانون رقــم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن الولاية على المال والمــادة ٩٧٠ مــن قــانون المرافعات أنه إذا بلغ القاصر إحدى وعشرين سنة تنتهــى مهمــة الوصى وتنتفى ولاية المحكمة التى تتولى رعاية شئونه اعتبارا بأن الولاية مشروطه بقيام موجبها فإذا انعدم الموجب زالت الولايــة ، وكان النص فى المادة ١٠٧ من القانون المدنى على أن " إذا كــان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة فــإن أثر العقد الذى يبرمه حقا كان أو التزاما يضاف إلــى الأصــيل أو خلفائه" مفاده أن يتوافر لدى طرفى التعاقد الجهل بانقضاء الولايــة وقت العقد ولئن كان التحقق من ذلك يدخل فى نطاق سلطة محكمة الموضوع التقديرية بغير رقابة محكمة النقض إلا أن شرط ذلك أن يكون بيانها سائغا ومؤديا إلى النتيجة التى انتهــت إليهــا، ونيابــة الموصى عن القاصر هى نيابة موقوتة بأجل حدده القانون بحيــث يكون معلوما للوصى وللمحكمة التى ترعى شئون القاصر والجهــل

الذى يعتد به هو الذى يقوم على مبرر قوامه عدم إمكان العلم بانتهاء الولاية وهو أمر يتجافى مع قيام الوصى والمحكمة برعاية شئون القاصر، فإن الحكم المطعون فيه إذ استدل على توافر جهل الوصية بانتهاء ولايتها بمجرد القول بأنها والدة لهم وأنها لو كانت تعلم بانتهاء الولاية لما تقدمت بطلب الإذن إلى المحكمة المختصة ببيع نصيب القاصر يكون الحكم قد عابه الفساد فى الاستدلال " .

(طعن رقم١١٨٥ لسنة٥٥ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٨٩/١/٢٥)

٨- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن مؤدى نص المادتين ١٨، ٤٧ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال أنه متى بلغ القاصر إحدى وعشرين سنة دون أن يحكم قبل بلوغه هذه السن باستمرار الوصاية عليه أصبح رشيدا وتثبت له الأهلية كاملة بحكم القانون وأن المناط فى اعتبار الوصى نائبا اتفاقيا هو أن يكون القاصر قد مثل في الدعوى تمثيلا صحيحا وقت رفعها ابتداء فى شخص الوصى عليه ثم بلوغه سن الرشد بعد ذلك أثناء سير الدعوى واستمرار مباشرة الوصى لها دون تنبيه ببلوغ القاصر سن الرشد " .

(طعن رقم ١٩٢ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٩/٣/٢٢)

٩- (أ)- " نيابة الوصى عن القاصر هى نيابة قانونية ينبغى أن

يباشرها – وفقا لما تقضى به المادة ١١٨ من القانون المدنى- فى الحدود التى رسمها القانون ، ولما كان النص فى المادة ٣٩ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن الولاية على المال قد حظر على الوصى مباشرة تصرفات معينة إلا بإذن المحكمة ، من بينها جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التعبية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من هذه الحقوق ، فإنه ينبنى على ذلك أن الوصى إذا باشر تصرفا من هذه التصرفات دون إذن من المحكمة يكون متجاوزا حدود نيابته ويفقد بالتالى فى إبرامه لهذا التصرف صفة النيابة فلا تنصرف آثاره إلى القاصر ، ويكون له بعد بلوغه سن الرشد التمسك ببطلانه " .

(ب)- " لئن كان قانون المرافعات لايوجب بيع عقار القاصر بطريق المزايدة ولا يرتب البطلان جزاء عدم اتباعه كما وأن قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ لم يشر إلى اتباع إجراء بيع عقار القاصر بالمزايدة الوارد فى المواد من ٤٥٩ وحتى ٤٦٣ من قانون المرافعات ، إلا أنه متى اشترطت محكمة الولاية على المال عند الإذن ببيع مال القاصر أن يتم عن طريق المزايدة تعين اتباعه وفقا لتلك الإجراءات ، وإلا عد التصرف الذى باشره الوصى على خلافه متجاوزا حدود نيابته فلا ينصرف

أثره إلى القاصر " .

(طعن رقم ١١٦٥ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩١/٤/٤)

١٠- "لايجوز للوصى – طبقا لنص المادة ١٣/٣٩ من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ – مباشرة التصرفات التى من شأنها التنازل عن الحقوق والدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ورفع الطعون غير العادية فى الأحكام، ويترتب على هذا الحظر بطلان التصرفات المذكورة بطلانا نسبيا مقررا لمصلحة القاصر فيمتنع الاحتجاج بها عليه أو نفاذها فى حقه ولو تجردت من أى ضرر أو غبن للقاصر " .

(طعن رقم ١٠٧٨ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٩٢/١/٥)

١١- (أ)- " مفاد النص فى المادة ٣٩ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال أنه لايجوز للوصى إلا بإذن المحكمة إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية ولمدة أكثر من سنة فى المبانى وكذا لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغ القاصر سن الرشد لأكثر من سنة " .

(ب)- " لما كان الثابت من الأوراق أن الوصية على المطعون ضدها قد أجرت الأرض محل النزاع إلى الطاعن بموجب العقد المؤرخ ١٩٦٣/١٢/١ لمدة سنة واحدة تنتهى فى ديسمبر سنة

١٩٦٤ وفقا لأحكام قانون الإصلاح الزراعى بما لازمــه أن هــذا العقد قد نشأ صحيحا ومنتجا لآثاره خلال هذه المدة طبقــا للقواعــد العامة التى تحكم شروط انعقاد عقد الإيجار . وإذ ورد هــذا العقــد على أرض زراعية تخضع لأحكام قانون الإصلاح الزراعى رقــم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ فإنه يمتد طبقا للمادة ٣٣ مكرر (ز) منــه إلــى أجل غير مسمى بعد انقضاء المدة المتفق عليها فيه لأن امتداد العقد فى هذه الحالة ليس مرده الاتفاق ولكن مصدره قــانون الإصــلاح الزراعى المتعلقة أحكامه بالنظام العام فلا يملك القاصر أن يطلــب عدم نفاذ هذا العقد بعد انتهاء مدته الاتفاقية أو بطلانه بعــد مــرور سنة من بلوغه سن الرشد. ولاتملك المحكمة إبطالــه مــن تلقــاء نفسها".

(طعن رقم ٣٣٤٠ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧/٣/٨)

٢٨٦ ـ قضاء محكمة النقض الصادر فى تصرفات القوام :

" المادة ١/٣٩ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال التى أحالت عليها المادة ٧٨ من ذات القانون فى شــأن القوامة تجيز للقيم بشرط الحصول على إذن من المحكمة أن يباشر جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق مــن الحقــوق العينيــة العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك جميع

التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة " .

(طعن رقم ٣٠٨ لسنة ٤٢ ق" أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٦/٢/٣) [١]

---

(١) كما قضت محكمة النقض بأن :

" مفاد المادة ١٠٢٥ من قانون المرافعات المضافة بالقانون ١٢٦ لسنة ١٩٥١، على ما يبين من عبارته ومن المذكرة الإيضاحية للقانون ١٢٦ لسنة ١٩٥١- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن الشارع قصد الحد من جواز الطعن بالنقض فى مسائل الولاية على المال فلا يتناول إلا القرارات التى تصدر فى المسائل الواردة بذاتها فى هذه المادة دون المسائل الأخرى ، ولما كانت مواد الحجرالمشار إليها فى ذلك النص إنما تقتصر على المسائل اللصيقة بالحجر فى حد ذاته من قبيل القرارات الصادرة بتوقيع الحجر أو رفعه وكذلك القرارات الخاصة بتعيين القيم أو عزله ، لما كان ذلك وكانت القرارات الصادرة من المحكمة بالإذن للقيم على المحجور عليه بمباشرة التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله طبقا للمادتين ٧٨، ١/٣٩ من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال لاتتعلق بالحجر فى صحيحه وبعارض الأهلية فى جوهره وإنما تتعلق بواجبات القيم فى إدارة أموال المحجور عليه ، يؤيد هذا النظر أن المادة ٧٨ المشار إليها قصدت أن تطبق على القوامة القواعد المتعلقة بواجبات الأوصياء وحقوقهم . لما كان ما تقدم وكان القرار المطعون فيه قد صدر فى مادة التصريح للقيم بالتصرف فى عقار

مملوك للمحجور عليه ، وكانت هذه المادة ليست من المسائل الواردة في المادة ١٠٢٥ آنفة الذكر فإن الطعن عليه بطريق النقض يكون غير جائز" .

(طعن رقم ٤ لسنة ٤٦ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٧/١١/٢)

ويراعى أن المادة ١٤ من القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٤ بإصدار قانون إنشاء محاكم الأسرة نصت على إلغاء طريق الطعن بالنقض في مسائل الأحوال الشخصية (ولاية على النفس وولاية على المال) مع عدم الإخلال بأحكام المادة (٢٥٠) مرافعات إذ جرت على أن : "مع عدم الإخلال بأحكام المادة (٢٥٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية ، تكون الأحكام والقرارات الصادرة من الدوائر الاستئنافية غير قابلة للطعن فيها بطريق النقض " . والمادة (٢٥٠) المشار إليها هي التي تخول النائب العام الطعن بالنقض لمصلحة القانون في الأحكام الانتهائية أيا كانت المحكمة التي أصدرتها . فهي تجرى على أن :

"للنائب العام أن يطعن بطريق النقض لمصلحة القانون في الأحكام الانتهائية – أيا كانت المحكمة التي أصدرتها- إذا كان الحكم مبنيا على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيق أو في تأويله وذلك في الأحوال الآتية:

(١) الأحكام التي لايجز القانون للخصوم الطعن فيها .

(٢) الأحكام التي فوت الخصوم ميعاد الطعن فيها أو نزلوا فيها عن الطعن .

ويرفع هذا الطعن بصحيفة يوقعها النائب العام . وتنظر الحكمة الطعن في غرفة المشورة بغير دعوى الخصوم . ولايفيد الخصوم من هذا الطعن ".

مرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال[1]

مجلس الوزراء

بعد الإطلاع على المادتين ٤١، ٥٥ من الدستور ، وعلى القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٧ بإصدار قانون المحاكم الحسبية ، وعلى القانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ بإضافة كتاب رابع إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية في الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية ، وبناء على ما عرضه وزير العدل ،

رسم بما هو آت

مادة ١- يعمل في مسائل الولاية على المال بالنصوص المرافقة لهذا القانون فيما عدا أحكام المادة ١٦ بالنسبة للأموال التي آلت للقاصر قبل العمل بهذا القانون .

مادة ٢-يلغى الكتاب الأول من قانون المحاكم الحسبية الصادر بالقانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ وكذلك يلغى كل ما كان مخالفا للأحكام المقررة في النصوص المرافقة لهذا القانون .

مادة ٣-على وزير العدل تنفيذ هذا القنون ، ويعمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية .

---

(١) صدر بديوان الرياسة في ٨ ذي القعدة سنة ١٣٧١ (٣٠ يولية لسنة ١٩٥٢) .

الباب الأول
فى القصر
الفصل الأول
فى الولاية

مادة ١–للأب ثم للجد الصحيح إذا لم يكن الأب قد اختار وصيا للولاية على مال القاصر وعليه القيام بها ولايجوز له أن يتنحى عنها إلا بإذن المحكمة .

مادة ٢–لايجوز للولى مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو.

مادة ٣–لايدخل فى الولاية ما يؤول للقاصر من مال بطريق التبرع إذا اشترط المتبرع ذلك .

مادة ٤–يقوم الولى على رعاية أموال القاصر وله إدارتها وولاية التصرف فيها مع مراعاة الأحكام المقررة فى هذا القانون .

مادة ٥–لايجوز للولى التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنسانى أو عائلى وبإذن المحكمة .

مادة ٦ –لايجوز للولى أن يتصرف فى عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة ولايجوز له أن يرهن عقار القاصر لدين لنفسه .

مادة ٧ – لا يجوز للأب أن يتصرف فى العقار أو المحل

التجارى أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة . ولايجوز للمحكمة أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر فى خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة .

مادة ٨ – إذا كان مورث القاصر قد أوصى بأن لايتصرف وليه فى المال المورث فلا يجوز للولى أن يتصرف فيه إلا بإذن المحكمة وتحت إشرافها .

مادة ٩ – لا يجوز للولى إقراض مال الصغير ولا اقتراضه إلا بإذن المحكمة .

مادة ١٠ – لايجوز للولى بغير إذن المحكمة تأجير عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد بسنة .

مادة ١١ – لا يجوز للولى أن يستمر فى تجارة آلت للقاصر إلا بإذن من المحكمة وفى حدود هذا الإذن .

مادة ١٢ – لا يجوز للولى أن يقبل هبة أو وصية للصغير محملة بالتزامات معينة إلا بإذن المحكمة .

مادة ١٣ – لا تسرى القيود المنصوص عليها فى هذا القانون على ما آل إلى القاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحا كان التبرع أو مستتراً ولايلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال.

مادة ١٤ – للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان

ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك .

مادة ١٥–لا يجوز للجد بغير أذن المحكمة التصرف فى مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها.

مادة ١٦–على الولى أن يحرر قائمة بما يكون للقاصر من مال أو ما يؤول إليه وأن يودع هذه القائمة قلم كتاب المحكمة التى يقع بدائرتها موطنه فى مدى شهرين من بدء الولاية أو من أيلولة هذا المال إلى الصغير .

ويحوز للمحكمة اعتبار عدم تقديم هذه القائمة أو التأخير فى تقديمها تعريضا لمال القاصر للخطر .

مادة ١٧–للولى أن ينفق على نفسه من مال الصغير إذا كانت نفقته واجبة عليه وله كذلك أن ينفق منه على من تجب على الصغير نفقته .

مادة ١٨–تنتهى الولاية ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية عليه .

مادة ١٩–إذا انتهت الولاية على شخص فلا تعود إلا إذا قام به سبب من أسباب الحجر .

مادة ٢٠–إذا أصبحت أموال القاصر فى خطر بسبب سوء تصرف الولي أو لأى سبب آخر فللمحكمة أن تسلب ولايته أو تحد منها.

مادة ٢١–تحكم المحكمة بوقف الولاية إذا اعتبر الولى غائبا أو اعتقل تنفيذ لحكم بعقوبة جناية أو بالحبس مدة لاتزيد على سنة .

مادة ٢٢ –يترتب على الحكم بسلب الولاية على نفس الصغير أو وقفها سقوطها أو وقفها بالنسبة إلى المال .

مادة ٢٣ –إذا سلبت الولاية أو حد منها أو وقفت فلا تعود إلا بقرار من المحكمة بعد التثبت من زوال الأسباب التى دعت إلى سلبها أو الحد منها أو وقفها .

ومع ذلك لايقبل طلب استرداد الولاية الذى سبق رفضه إلا بعد انقضاء سنتين من تاريخ الحكم النهائى بالرفض .

مادة ٢٤–لايسأل الأب إلا عن خطئه الجسيم أما الجد فيسأل مسئولية الوصى .

مادة ٢٥–على الولى أو ورثته رد أموال القاصر إليه عند بلوغه. ويسأل هو أو ورثته عن قيمة ما تصرف فيه باعتبار القيمة وقت التصرف .

ولايحاسب الأب على ما تصرف فيه من ريع مال القاصر. ومع ذلك يحاسب عن ريع المال الذى وهب للقاصر لغرض معين كالتعليم أو القيام بحرفة أو مهنة .

مادة ٢٦–تسرى على الجد الأحكام المقررة فى هذا القانون فى شأن الحساب .

الفصـــل الثانى

فى الوصايـــا

أولاً – فى تعيين الأوصياء

مادة ٢٧–يجب أن يكون الوصى عدلا كفؤاً ذا أهلية كاملة، ولا يجوز بوجه خاص أن يعين وصياً :

١– المحكوم عليه فى جريمة من الجــرائم المخلــة بــالآداب أو الماسه بالشرف أو النزاهة ومع ذلك إذا انقضت على تنفيذ العقوبة مدة تزيد على خمس سنوات جاز عند الضرورة التجاوز عن هذا الشرط.

٢– من حكم عليه لجريمة كانت تقتضى قانوناً سلب ولايته علـــى نفس القاصر لو أنه كان فى ولايته .

٣– من كان مشهورا بسوء السيرة أو من لم يكــن لـــه وســيلة مشروعة للتعيش .

٤– المحكوم بإفلاسه إلى أن يحكم برد اعتباره .

٥– من سبق أن سلبت ولايته أو عزل من الوصايا على قاصــر آخر .

٦– من قرر الأب قبل وفاته حرمانه من التعيين متى بنـــى هـــذا الحرمان على أسباب قوية ترى المحكمة بعد تحقيقها أنها تبرر ذلـــك ويثبت الحرمان بورقة رسمية أو عرفية مصدقاً علـــى إمضـــاء الأب فيها أو مكتوبة بخطة وموقعه بإمضائه .

٧- من كان بينه هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه وبين القاصر نزاع قضائي أو من كان بينه وبين القاصر أو عائلته عداوه إذا كان يخشى من ذلك كله على مصلحة القاصر ويجب على كل حال أن يكون الوصي من طائفة القاصر فإن لم يكن فمن أهل مذهبه وإلا فمن أهل دينه .

مادة ٢٨-يجوز للأب أن يقيم وصية مختاراً لولده القاصر أو للحمل المستكن ويجوز ذلك أيضا للمتبرع في الحالة المنصوص عليها في المادة ٣ .

ويشترط أن يثبت الاختيار بورقة رسمية أو عرفية مصدق على توقيع الأب أو المتبرع فيها أو مكتوبة بخطه وموقعه بإمضائه ويجوز للأب والمتبرع بطريق الوصية في أي وقت أن يعدلا عن اختيارهما . وتعرض الوصاية على المحكمة لتثبيتها .

مادة ٢٩-إذا لم يكن للقاصر أو للحمل المستكن وصي مختار تعين المحكمة وصيا ويبقى وصي الحمل المستكن وصيا على المولود ما لم تعين المحكمة غيره .

مادة ٣٠-يجوز عند الضرورة تعيين أكثر من وصي واحد وفي هذه الحالة لايجوز لأحدهم الانفراد إلا إذا كانت المحكمة قد بينت اختصاصا لكل منهم في قرار تعيينه أو في قرار لاحق ومع ذلك لكل من الأوصياء اتخاذ الإجراءات الضرورية أو المستعجلة

أو المتمخضة لنفع القاصر .

وعند الاختلاف بين الأوصياء يرفع الأمر إلى المحكمة لتأمر بما يتبع .

مادة ٣١—تقيم المحكمة وصيا خاصا تحدد مهمته ، وذلك في الأحوال الآتية :

(أ) — إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولى أو مصلحة قاصر آخر مشمول بولايته .

(ب) إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولى أو زوجه أو أحد أصوله أو فروعه مع من يملكه الوصى(١).

(ج) إبرام عقد من عقود المعاوضة أو تعديله أو فسخه أو إبطاله أو إلغاؤه بين القاصر وبين الوصى أو أحد من المذكورين فى البند (ب) .

(د) إذا آل إلى القاصر مال بطريق التبرع وشرط المتبرع ألا يتولى الولى إدارة المال .

(هـ) إذا استلزمت الظروف دراية خاصة لأداء بعض الأعمال.

(و) إذا كان الولى غير أهل لمباشرة حق من حقوق الولاية .

مادة ٣٢—تقيم المحكمة وصيا مؤقتا إذا حكم بوقف الولاية ولم

---

(١) وصحة صياغة هذه الفقرة "إذا تعارضت مصلحة التاجر مع مصلحة الوصي أو زوجه أو أحد أصوله أو فروعه أو مع من يمثله الوصي".

يكن للقاصر ولى آخر . وكذلك إذا وقف الوصى أو حالت ظروف مؤقتة دون أدائه لواجباته .

مادة ٣٣-يجوز للمحكمة أن تقيم وصى خصومة ولو لم يكن للقاصر مال .

مادة ٣٤-تسرى على الوصى الخاص والوصى المؤقت ووصى الخصومة أحكام الوصاية الواردة فى هذا القانون مع مراعاة ما تقتضيه طبيعة مهمة كل منهم .

مادة ٣٥-تنتهى مهمة الوصى الخاص والوصى المؤقت بانتهاء العمل الذى أقيم لمباشرته أو المدة التى اقتضت بها تعيينه .

ثانياً : فى واجبات الأوصياء

مادة ٣٦-يتسلم الوصى أموال القاصر ويقوم على رعايتها وعليه أن يبذل فى ذلك من العناية ما يطلب من الوكيل المأجوروفقاً لأحكام القانون المدنى .

مادة ٣٧-للمحكمة أن تلزم الوصى بتقديم تأمينات بالقيمة التى تراها وتكون مصروفات تقديم هذه التأمينات على حساب القاصر.

مادة ٣٨- لا يجوز للوصى التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنسانى أو عائلى وبإذن من المحكمة .

مادة ٣٩- لا يجوز للوصى مباشرة التصرفات الآتية إلا بإذن

من المحكمة .

أولاً : جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق مـن الحقـوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله . وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة .

ثانياً : التصرف فى المنقولات أو الحقوق الشخصـية أو الأوراق المالية فيما عدا ما يدخل فى أعمال الإدارة .

ثالثا : الصلح والتحكيم إلا فيما قل عن مائة جنيـه ممـا يتصـل بأعمال الإدارة .

رابعاً : حوالة الحقوق والديون وقبول الحوالة .

خامساً : استثمار الأموال وتصفيتها .

سادساً : اقتراض المال وإقراضه .

سابعاً : إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثـلاث سـنوات فـى الأراضى الزراعية ولمدة أكثر من سنة فى المبانى .

ثامنا : إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنه .

تاسعاً : قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها .

عاشراً: الإنفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم إلا إذا كانت النفقة مقضياً بها بحكم واجب النفاذ .

حادى عشر : الوفاء الاختيارى بالالتزامات التـى تكـون علـى

التركة أو على القاصر .

ثانى عشر : رفع الدعاوى إلا ما يكون فى تأخير رفعه ضرر بالقاصر أو ضياع حق له .

ثالث عشر : التنازل عن الحقوق والدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ورفع الطعون غير العادية فى الأحكام .

رابع عشر: التنازل عن التأمينات وإضعافها .

خامس عشر : إيجار الوصى أموال القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأحد أقاربهما إلى الدرجة الرابعة أو لمن يكون الوصى نائباً عنه .

سادس عشر : ما يصرف فى تزويج القاصر .

سابع عشر : تعليم القاصر إذا احتاج للنفقة والإنفاق للازم لمباشرة القاصر مهنة معينة .

مادة ٤٠ – على الوصى أن يستأذن المحكمة فى قسمة مال القاصر بالتراضى إذا كانت له مصلحة فى ذلك فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التى تجرى عليها القسمة والإجراءات الواجبة الاتباع. وعلى الوصى أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها . وللمحكمة فى جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية .

وفى حالة القسمة القضائية تصدق المحكمة الابتدائية التى تتبعها

محكمة القسمة على قسمة الأموال إلى حصص.

ولهذه المحكمة عند الاقتضاء أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم فى جلسة تحدد لذلك .

وإذا رفضت التصديق تعين عليها أن تقسم الأموال إلى حصص على الأسس التى تراها صالحة بعد دعوة الخصوم .

ويقوم مقام التصديق الحكم الذى تصدره المحكمة بوصفها محكمة استئنافية بتكوين الحصص .

مادة ٤١- إذا رفعت دعوى على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من وارث آخر جاز للمحكمة بناء على طلب من ينوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة أن توقف القسمة مدة لاتجاوز خمس سنوات إذا ثبت لها أن فى التعجيل بها ضرراً جسيماً .

مادة ٤٢- يجب على الوصى أن يعرض على المحكمة بغير تأخر ما يرفع على القاصر من دعاوى وما يتخذ قبله من إجراءات التنفيذ وأن يتبع فى شأنها ما تأمر به المحكمة .

مادة ٤٣-على الوصى أن يودع باسم القاصر إحدى خزائن المحكمة أو أحد المصارف حسبما تشير به المحكمة كل ما يحصله من نقود بعد استبعاد النفقة المقررة والمبلغ الذى تقدره المحكمة إجمالياً لحساب مصروفات الإدارة ، وذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمه .

ولا يجوز أن يسحب شيئاً من المال المودع إلا بإذن من المحكمة.

مادة ٤٤ – على الوصى أن يودع باسم القاصر المصرف الذى تشير به المحكمة ما ترى لزوماً لإيداعه من أوراق مالية ومجوهرات ومصوغات وغيرها ، وذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمها .

وليس له أن يسحب شيئاً منها بغير إذن المحكمة .

مادة ٤٥ – على الوصى أن يقدم حساباً مؤيداً بالمستندات عن إدارته قبل أول يناير من كل سنة .

ويعفى الوصى من تقديم الحساب السنوى إذا كانت أموال القاصر لا تزيد على خمسمائة جنيه ما لم تر المحكمة غير ذلك .

وفى جميع الأحوال يجب على الوصى الذى يستبدل به غيره أن يقدم حساباً خلال ثلاثين يوماً من تاريخ انتهاء وصايته .

مادة ٤٦ –تكون الوصاية بغير أجر إلا إذا رأت المحكمة بناء على طلب الوصى أن تعين له أجراً أو أن تمنحه مكافأة عن عمل معين .

ثالثاً : فى انتهاء الوصاية

مادة ٤٧–تنتهى مهمة الوصى :

١– ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة إلا إذا تقرر استمرار الوصاية عليه .

٢- بعودة الولاية للولى .

٣- بعزله أو قبول استقالته .

٤- بفقد أهليته أو ثبوت غيبته أو موته أو موت القاصر .

مادة ٤٨-إذا توافرت أسباب جدية تدعو للنظر في عزل الوصي أو في قيام عارض من العوارض التي تزيل أهليته أمرت المحكمة بوقفه .

مادة ٤٩-يحكم بعزل الوصي في الحالات الآتية :

١- إذا قام به سبب من أسباب عدم الصلاحية للوصاية وفقا للمادة ٢٧ ولو كان هذا السبب قائماً وقت تعيينه .

٢- إذا أساء الإدارة أو أهمل فيها أو أصبح في بقائه خطر على مصلحة القاصر .

مادة ٥٠ -على الوصي خلال الثلاثين يوما التالية لانتهاء الوصاية أن يسلم الأموال التي في عهدته بمحضر إلى القاصر متى بلغ سن الرشد أو إلى ورثته أو إلى الولي أو الوصي أو الوصي المؤقت على حسب الأحوال وعليه أن يودع قلم الكتاب في الميعاد المذكور صورة من الحساب ومحضر تسليم الأموال .

مادة ٥١-إذا مات الوصي أو حجر عليه أو اعتبر غائباً التزم ورثته أو من ينوب عنه على حسب الأحوال تسلم أموال القاصر وتقديم الحساب .

مادة ٥٢-يكون قابلا للإبطال كل تعهد أو مخالصة تصدر لمصلحة الوصى ممن كان فى وصايته وبلغ سن الرشد إذا صدرت المخالصة أو التعهد خلال سنة من تاريخ تقديم الحساب المشار إليه فى المادة ٤٥ .

مادة ٥٣-(١) كل دعوى للقاصر على وصية أو للمحجور عليه على قيمه تكون متعلقة بأمور الوصاية أو القوامة تسقط بمضى خمس سنوات من تاريخ بلوغ القاصر سن الرشد أو رفع الحجر أو موت القاصر أو المحجور عليه .

(٢) ومع ذلك فإن انتهت الوصاية أو القوامة بالعزل أو الاستقالة أو الموت فلا تبدأ مدة التقادم المذكورة إلا من تاريخ تقديم الحساب الخاص بالوصاية أو القوامة .

مادة ٥٤-للولى أن يأذن القاصر الذى بلغ الثامنة عشرة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ويكون ذلك بإشهاد لدى الموثق وله أن يسحب هذا الإذن أو يحد منه بإشهاد آخر مع مراعاة حكم المادة ١٠٢٧ من قانون المرافعات .

مادة ٥٥-يجوز للمحكمة بعد سماع أقوال الوصى أن تأذن للقاصر الذى بلغ الثامنة عشرة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها وإذا رفضت المحكمة الإذن فلا يجوز تجديد طلبه قبل مضى سنة من تاريخ صدور القرار النهائى بالرفض .

مادة ٥٦ -للقاصر المأذون أن يباشر أعمال الإدارة وله أن يفي ويستوفي الديون المترتبة على هذه الأعمال ولكن لايجوز له أن يؤجر الأراضي الزراعية والمباني لمدة تزيد على سنة ولا أن يفي الديون الأخرى ولو كانت ثابتة بحكم واجب النفاذ أو سند تنفيذي آخر إلا بإذن خاص من المحكمة أو من الوصي فيما يملكه من ذلك.

ولا يجوز للقاصر أن يتصرف في صافي دخله إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانوناً .

مادة ٥٧-لا يجوز للقاصر سواء كان مشمولا بالولاية أو بالوصاية أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذنته المحكمة في ذلك إذناً مطلقاً أو مقيداً .

مادة ٥٨ -على المأذون له في الإدارة أن يقدم حسابا سنوياً يؤخذ عند النظر فيه رأي الوصي وللمحكمة أن تأمر بإيداع المتوفر من دخله إحدى خزائن الحكومة أو أحد المصارف ولا يجوز له سحب شيء منه إلا بإذن منها .

مادة ٥٩-إذا قصر المأذون له في الإدارة في تنفيذ ما قضت به المادة السابقة أو أساء التصرف في إدارته أو قامت أسباب يخشى معها من بقاء الأموال في يده جاز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العامة أو أحد ذوي الشأن أن تحد من الإذن أو

تسلب القاصر إياه بعد سماع أقواله .

مادة ٦٠-إذا أذنت المحكمة فى زواج القاصر الذى له مال كان ذلك إذناً له فى التصرف فى المهر والنفقة ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن أو فى قرار لاحق .

مادة ٦١-للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ويصبح التزامه المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال فقط .

مادة ٦٢-للقاصر أن يبرم عقد العمل الفردى وفقاً لأحكام القانون وللمحكمة بناء على طلب الوصى أو ذى شأن إنهاء العقد رعاية لمصلحة القاصر أو مستقبله أو لمصلحة أخرى ظاهرة .

مادة ٦٣-يكون القاصر الذى بلغ السادسة عشرة أهلا للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره ولايجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته .

ومعذلك فللمحكمة إذا اقتضت المصلحة أن تقيد حق القاصر فى التصرف فى ماله المذكور وعندئذ تجرى أحكام الولاية والوصاية.

مادة ٦٤-يعتبر القاصر المأذون من قبل وليه أو المحكمة أو نص القانون كامل الأهلية فيما أذن له فيه وفى التقاضى فيه .

الباب الثانى
فى الحجر والمساعدة القضائية والغيبة
الفصل الأول – فى الحجر

مادة ٦٥–يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعته أو للسفه أو الغفلة ولايرفع الحجر إلا بحكم وتقيم المحكمة على من يحجر عليه قيما لإدارة أمواله وفقا للأحكام المقررة فى هذا القانون .

مادة ٦٦–النفقات اللازمة للعناية بالمحجور عليه مقدمة على ما عداها.

مادة ٦٧–يجوز للمحجور عليه للسفه أو للغفلة بإذن من المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها وفى هذه الحالة تسرى عليه الأحكام التى تسرى فى شأن القاصر المأذون .

مادة ٦٨–تكون القوامة للابن البالغ ثم للأب ثم للجد ثم لمن تختاره المحكمة .

مادة ٦٩–يشترط فى القيم ما يشترط فى الوصى وفقا للمادة ٢٧ ومع ذلك لايحول قيام أحد السببين المنصوص عليهما فى البندين ١، ٤ من المادة المذكورة دون تعيين الأبن أو الأب أو الجد إذا رأت المحكمة مصلحة فى ذلك .

الفصل الثانى
فى المساعدة القضائية

مادة ٧٠ -إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه فى التصرفات المنصوص عليها فى المادة ٣٩ .

ويجوز لها ذلك أيضا إذا كان يخشى من إنفراد الشخص بمباشرة التصرف فى ماله بسبب عجز جسمانى شديد.

مادة ٧١ -يشترك المساعد القضائى فى التصرفات المشار إليها فى المادة السابقة .

وإذا امتنع عن الاشتراك فى تصرف جاز رفع الأمر للمحكمة فإن رأت أن الامتناع فى غير محله أذنت المحكوم بمساعدته بالانفراد فى إبرامه أو عينت شخصا آخر للمساعدة فى إبرامه وفقاً للتوجيهات التى تبينها فى قرارها .

وإذا كان عدم قيام الشخص الذى تقررت مساعدته قضائياً بتصرف معين يعرض أمواله للخطر جاز للمساعد رفع الأمر للمحكمة ولها أن تأمر بعد التحقيق بانفراد المساعد بإجراء هذا التصرف .

مادة ٧٢-يسرى على المساعد القضائى حكم المادة ٥٠ من

هذا القانون .

مادة ٧٣-يعتبر المساعد القضائي في حكم النائب في تطبيق أحكام المواد ١٠٨، ٣٨٢، ٤٧٩ من القانون المدني .

الفصل الثالث
في الغيبة

مادة ٧٤ -تقيم المحكمة وكيلاً عن الغائب كامل الأهلية في الأحوال الآتية متى كانت قد انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه وترتب على ذلك تعطيل مصالحه .

أولاً: إذا كان مفقودا لاتعرف حياته أو مماته .

ثانياً: إذا لم يكن له محل إقامة ولا موطن معلوم أو كان له محل إقامة أو موطن معلوم خارج المملكة المصرية[1] واستحال عليه أن يتولى شئونه بنفسه أو أن يشرف على من ينيبه في إدارتها.

مادة ٧٥ - إذا ترك الغائب وكيلاً عاماً تحكم المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها في الوصي وإلا عينت غيره .

مادة ٧٦ -تنتهي الغيبة بزوال سببها أو بموت الغائب أو بالحكم من جهة الأحوال الشخصية المختصة باعتباره ميتاً .

---

(١) خارج جمهورية مصر العربية الآن.

الباب الثالث

أحكـــام عـــامـــة

الفصل الأول

أحكام مشتركة فى الوصاية والقوامة والغيبة

مادة ٧٧ –تحسب المدة المنصوص عليها فـــى هـــذا القـــانون بالتقويم الميلادى .

مادة ٧٨ –يسرى على القوامة والوكالة عن الغائبين والأحكـــام المقررة فى شأن الوصاية على القصـــر ويســـرى علـــى القوامـــة والوكلاء عن الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الأوصياء .

مادة ٧٩–يسرى فى شأن قسمة مال الغائب والمحجور عليه ما يسرى فى شأن قسمة القاصر من أحكام .

الفصل الثانى

فـــى المشـــرف

مادة ٨٠ –يجوز تعيين مشرف مع الوصى ولو كـــان مختـــارا وكذلك مع القيم والوكيل عن الغائب .

مادة ٨١ –يراقب المشرف النائب عن عديم الأهلية أو الوكيـــل عن الغائب فى إدارته وعليه إبلاغ المحكمة أو النيابـــة كـــل أمـــر تقتضى المصلحة رفعه إليهما .

وعلى النائب أو الوكيل إجابة المشرف إلى كل ما يطلبـــه مـــن

يضاح عن إدارة الأموال وتمكينه من فحص الأوراق والمستندات الخاصة بهذه الأموال .

ويجب على المشرف إذا خلا مكان النائب أو الوكيل أن يطلب إلى المحكمة إقامة النائب أو وكيل جديد وإلى أن يباشر هذا عمله يقوم المشرف من تلقاء نفسه بالأعمال التى يكون فى تأجيلها ضرر.

مادة ٨٢ — يسرى على المشرف فيما يتعلق بتعيينه وعزله وقبول استقالته وأجره عن أعماله ومسئوليته عن تقصيره ما يسرى من أحكام على النائب أو الوكيل على حسب الأحوال .

مادة ٨٣ — تقرر المحكمة انتهاء الإشراف إذا رأت زوال داعيه.

الفصل الثالث

فى الجزاءات

مادة ٨٤ - إذا قصر الوصى فى الواجبات المفروضة عليه بمقتضى هذا القانون أو وقف تنفيذ القرارات التى تصدرها المحكمة جاز لها أن تحكم عليه بغرامة لاتزيد على مائة جنيه وحرمانه من أجره كله أو بعضه وعزله أو بأحد هذه الجزاءات .

ويجوز للمحكمة أن تمنح القاصر هذه الغرامة أو جزء منها .

ويجوز إعفاء الوصى من الجزاء المالى كله أو بعضه إذا نفذ الأمر الذى ترتب عليه الحكم أو قدم أعذاراً تقبلها المحكمة .

مادة ٨٥- إذا نفذ على ممتلكات النائب المحكوم عليه بالغرامة ثم صدر حكم بإقالته منها فلا حق له إلا فى استرداد ما حصل من التنفيذ .

أما إذا رسا المزاد على قلم الكتاب فلا يكون للمحكوم عليه إلا استرداد العين بعد دفع مصروفات التنفيذ ما لم يكن هناك مانع فإذا وجد فلا يكون له إلا استرداد الثمن الذى رسا به المزاد على قلم الكتاب بعد خصم كامل المصروفات .

مادة ٨٦- إذا أخل النائب بواجب من الواجبات المفروضة عليه بمقتضى هذا القانون كان مسئولا عما يلحق القاصر من ضرر بسبب ذلك وعلى كل حال يسأل مسئولية الوكيل بأجر .

مادة ٨٧- تسرى أحكام المواد السابقة على القيم والمساعد القضائى والوكيل عن الغائب والوصى الخاص والوصى المؤقت.

مادة ٨٨- يعاقب بالحبس مدة لاتتجاوز سنة وبغرامة لاتزيد على مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل وصى أو قيم أو وكيل انتهت نيابته إذا كان بقصد الإساءة قد امتنع عن تسليم أموال القاصر أو المحجور عليه أو الغائب أو أوراقه لمن حل محله فى الوصاية أو القوامة أو الوكالة وذلك مالم ينص القانون على عقوبة أشد .

مـــادة (١١٩)

يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد ، وهــذا مــع عــدم الإخلال بإلزامه بالتعويض ، إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته .

الشـــرح

٢٨٧ – حق ناقص الأهلية فى إبطال العقد :

ناقص الأهلية ، يشمل الصبى الذى بلغ السابعة ولم يبلــغ ســن الرشد ، والسفيه وذا الغفلة فإذا أبرم أحد هؤلاء تصرفا بنفسه ، فإن التصرف يكون قابلا للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية ويجــوز لــه طلب إبطال العقد .

٢٨٨ – لا يشترط لإبطال العقد حصول غبن لناقص الأهلية :

مجرد نقص الأهلية كاف لإبطال العقد ولو لم يلحــق بالقاصــر ثمة غبن . أو ثمة ضرر آخــر[١] .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١– " نص المادة ١٣١ من القانون المدنى – القديم– صريح فى أن " مجرد عدم **الأهلية** موجب لبطلان المشارطة ولو لم يكن فيهــا ضرر" فمجرد قصر البائع كاف لقبول دعوى إبطال البيع حتى لــو

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ١٤٨ .

تجرد التصرف من أي غبن ومهما كان شأن إفادة البائع مما قبض من ثمن ، إذ لكل من الحالين حكم خاص لا يمس دعوى الإبطـــال ولايؤثر عليها " .

(طعن رقم ١٩٧ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥١/٢/١)

٢- " ثبوت القصر عند التعاقد كاف لقبول دعوى الإبطال ولـــو تجرد التصرف الدائر بين النفع والضرر من أى غبن مهمـــا كـــان مقدار إفادة القاصر منه ولو لم يعلن القاصر قصره للمتعاقد الآخـــر أو أخفى حالته عنه أو ادعى كذبا بلوغه سن الرشد . وسواء كـــان هذا المتعاقد يعلم بحالة القصر أو يجهلها ".

(طعن رقم ٤٢٩ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/٣/١٢)

٢٨٩ ـ لا ينال من طلب الإبطال تظاهر القاصر بكمال أهليته:

لا ينال من حق ناقص الأهلية فى طلب إبطال العقد أن يكون قد تظاهر بكمال أهليته وكذب على المتعاقد معه بأن قرر له أنه كامل الأهلية. إذ من واجب كل عاقد أن يتثبت من أهلية من يتعاقد معه ثم إن حماية القاصر تصبح حماية وهمية إذا جعل من مجرد التصريح ببلوغ سن الرشد حائلا دون مباشرة دعوى البطلان .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يجوز للقاصر أن يتمسك ببطلان التعاقد الذى يكون طرفا فيه،

ولو صرح أنه قد بلغ سن الرشد . فليس يحول مجــرد التصــريح بذلك دون مباشرة دعوى البطلان ، مادام لم يقترن بطرق احتيالية . إذ أن من واجب كل عاقد أن يتثبت من أهلية من يتعاقد معه ثــم إن حماية القاصر تصبح حماية وهمية إذا جعل من مجــرد التصــريح ببلوغ سن الرشد حائلا دون مباشرة دعوى البطلان " (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا رفع المشترى دعوى على البائع يطالبه فيها بتعويض عما لحقه من الضرر بسبب عدم إتمام الصفقة التى تعاقد معــه عليهــا ودفع له جزءا من ثمنها ، مدعيا أن البائع دلس عليه بأن أوهمه بأنه تام الأهلية فى حين أنه كان محجورا عليــه ، فرفضــت المحكمــة الدعوى على أساس ما استبانته من ظروفها ووقائعها من أن كل ما وقع من البائع هو أنه تظاهر للمشترى بأنه كامــل الأهليــة وهــذا لايعدو أن يكون مجرد كذب لايستوجب مساءلة مقترفه شخصــيا ، فلا شأن لمحكمة النقض معها فى ذلك مادامت الوقائع الثابتــة فــى الدعوى مؤدية عقلا إليه " .

(طعن رقم ٩١ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/٥/٤)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٢ ص ١٣٣ .

٢٩٠ - استعمال ناقص الأهلية طرقا احتيالية :

لا ينال أيضا من حق القاصر فى إبطال العقــد أن يكــون قــد استعمل طرقا احتيالية لإيهام المتعاقد معه أنه كامل الأهلية ، كــأن يكون قد وضع شاربا مستعارا ليفهمه أنه أكثر سنا عما هو عليــه ، أو يكون قد قدم له شهادة ميلاد مزورة . فإن ذلك وإن كان يعتبــر غشا أو تدليسا ينهض بمسئولية ناقص الأهلية التقصيرية التى يكفى لتحققها بلوغ سن التمييز أو اعتبار ناقص الأهلية مميــزا كالســفيه وذى الغفلة ، وترتب للمتعاقد معه الحق فى التعويض عما أصــابه من ضرر من جراء ذلك . إلا أنه لايصح فى هذه الحالة أن يكــون التعويض العينى المتمثل فى عدم إبطال العقد هو التعــويض الــذى يجوز القضاء به بدلا من التعويض النقدى ، لصراحة نص المــادة ١١٩ التى توجب القضاء بالبطلان حتما فينحل العقد ، فــإذا كــان هناك تدليس من ناقص الأهلية ، كان للمتعاقد معه طلب تعــويض نقدى [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أما إذا اقترن التصريح ببلوغ سن الرشد بطرق احتيالية فيكون

---

(١) المستشار أنور طلبه ص٥١٤ - عبد الحى حجازى نظريــة الحــق ص ١١١ ومابعدها .

القاصر المميز ، قد ارتكب عملا غير مشروع يرتب مسئوليته قبل العاقد الآخر متى كان حسن النية . وقد كان فى الوسع أن يفكر فى استبقاء دعوى البطلان لمصلحة القاصر، فى هذه الحالة أيضا ، مع إلزامه التعويض (أنظر فى هذا المعنى المادة ٨٦٦ من التقنين التمادى والمادة ٥٤ من التقنين البولونى) . بين أن أوقع الجزاءات وأعدلها فى هذا الشأن ما يقوم على حرمان القاصر من هذه الدعوى وإبقاء العقد على حكم الصحة (أنظر فى هذا المعنى المادة ٢٢٩ من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ١٣٠٥ من التقنين الإيطالى، والمادة ٢٢٩ من التقنين البرتغالى ، والمادة ١٢٠٠ من التقنين الأرجنتيني والمادة ٨٣ من التقنين الصينى – وعكس ذلك المادة ١٠ من التقنين التونسى) وفى هذا تطبيق خاص لنظرية الخطأ عند تكوين العقد " [1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لما كانت المادة ١١٩ من القانون المدنى قد نصت على أنه " يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد ، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته " .

وكان مفاد هذه المادة أنه إذا لجأ ناقص الأهلية إلى طرق

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ١٣٤ .

احتيالية لإخفاء نقص أهليته فإنه وإن كان يجوز له طلب إبطال العقد لنقص الأهلية ، إلا أنه يكون مسئولا عن التعويض للغش الذى صدر منه عملا بقواعد المسئولية التقصيرية ، ولايكفى فى هذا الخصوص أن يقتصر ناقص الأهلية على القول بأنه كاملها بل يجب أن يستعين بطرق احتيالية لتأكيد كمال أهليته - ولما كان الثابت فى الدعوى أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بأن المطعون عليه استعان بطرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته بأن استعمل فى تعامله مع الغير أوراقا مطبوعة تحمل اسمه مقترنا برقم ٩٤٢٣٨ للسجل التجارى باعتباره شريكا مع محسن عمر زوج شقيقته فى محل تجارى باسم معرض عام للأدوات المنزلية بشارع مظلوم بالقاهرة وأن العقد المؤرخ ١٩٥٩/١١/١٦ موضوع الدعوى الذى أبرم بين الطاعن وبين المدين محسن عمر ووقع عليه المطعون عليه بصفته ضامنا متضامنا للمدين قد حرر على ورقة من هذه المضبوطات ، كما تمسك الطاعن بأنه يستند فى دعواه بمطالبة المطعون عليه بالتعويض إلى أنه لم يتمكن من استيفاء حقه لأن المدين الذى صدر أمر الأداء بإلزامه بالدين قد حكم بإشهار إفلاسه، وقدم فى سبيل التدليل على ذلك شهادة مؤرخة ١٩٦٢/٦/٢٣ من محكمة القاهرة الابتدائية تفيد رفع دعوى إفلاس مقيدة برقم ١٧٢ سنة ١٩٦٠ إفلاس القاهرة ضد شركة محسن عمر وشركاه "شركة

تضامن يمثلها محسن عمر " وشهادة مؤرخة ١٩٦٥/١/٢١ تفيد صدور حكم بتاريخ ١٩٦٣/٣/٢٦ فى الدعوى المشار إليها بإفلاس الشركة المذكورة ، وكان استعمال القاصر فى تعامله مع الغير لمطبوعات تحمل اسمه مقترنة بمظاهر أخرى من شأنها تأكيد الاعتقاد لدى الغير بأنه شخص كامل الأهلية فيقدم على التعامل معه ، وهو مما قد يعد من الطرق الاحتيالية لإخفاء نقص الأهلية ، وكان الحكم المطعون فيه قد التفت عن بحث دفاع الطاعن المتعلق بالمظاهر التى صاحبت استعمال القاصر للمطبوعات على النحو سالف البيان وما إذا كانت تعد من الطرق الاحتيالية لإخفاء نقص أهليته أولا تعد كذلك ، وقررت أن الطاعن لم يلحقه ضررا تأسيسا على أنه كان فى استطاعته أن ينفذ أمر الأداء ضد المدين محسن عمر دون أن يلتفت الحكم إلى دفاع الطاعن فى هذا الخصوص من أنه لم يتمكن من الحصول على حقه ، لأن المدين المذكور كان قد أشهر إفلاسه ولم يعن ببحث المستندات التى قدمها الطاعن تأييدا لهذا الدفاع ، ورتب الحكم على ذلك قضاءه برفض الدعوى ، فإنه يكون معيبا بالقصور فى التسبيب مما يستوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن " .

(طعن رقم ٢٩ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٣/٣)

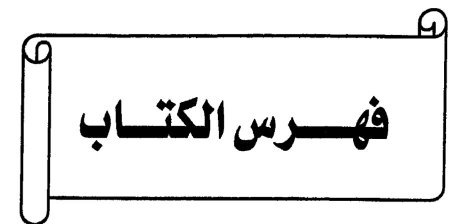
ويجوز التمسك بالبطلان بعد الإخفاق فى الادعاء بتزوير العقد

الحاصل به التصرف .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" ليس فى القانون ما يحول دون التمسك بطلب بطلان التصرف لعيب فى أهلية المتصرف بعد الإخفاق فى الادعاء بتزوير العقد الحاصل به هذا التصرف لاختلاف نطاق ومرمى كل من الطعنين عن الآخر ، إذ يقتصر الأمر فى الطعن بالتزوير على إنكار صدور التصرف من المتصرف دون التعرض للتصرف ذاته من حيث صحته وبطلانه فى حين أن الطعن ببطلان التصرف بصدوره من غير ذى أهلية موجه إلى ذات التصرف بإنكار توافر الأهلية فى المتصرف . فإذا ما ثبت للمحكمة فساد الادعاء بالتزوير وصحة إسناد التصرف إلى المتصرف فإن ذلك لايقتضى بطريق اللزوم أن يكون هذا المتصرف أهلا لصدور التصرف منه كما أن الطعن بالتزوير لايتضمن فى ذاته إقرار الطاعن بأهلية المتصرف ولايفيد نزوله عن حقه فى الطعن بعد ذلك فى التصرف لعيب فى هذه الأهلية".

(طعن رقم ٣٤٨ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/١/١٥)


فهـــرس الكتـــاب

تم بحمد الله


Bibliotheca Alexandrina
1123946